



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-06-12
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1010-15
1100-15

SÖKANDE

1. LEDtec International AB, 556717-1920
Box 2166
650 02 Karlstad

2. Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

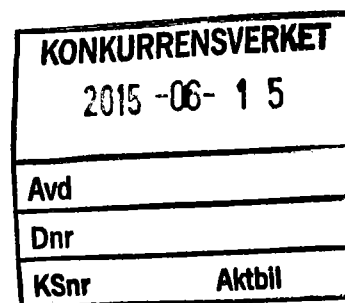
Ronneby kommun
372 80 Ronneby

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 114933

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ronneby kommun genomför en upphandling av digitala informations-tavlor. Genom tilldelningsbeslut den 23 mars 2015 antogs Focus Electronic AB (Focus) som leverantör. Noxab i Malmö AB (Noxab) placerades vid utvärderingen på tredje plats. LEDtec International AB:s (LEDtec) anbud ansågs inte uppfylla de obligatoriska kraven.

LEDtec ansöker om överprövning av upphandlingen och begär att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse har vidtagits på så sätt att Focus anbud diskvalificeras och LEDtec antas som leverantör.

Noxab ansöker om överprövning av upphandlingen och begär att upphandlingen ska göras om.

Ronneby kommun motsätter sig bifall till ansökningarna.

VAD PARTERNA ANFÖRT

LEDtec

LEDtecs anbud uppfyller samtliga skall-krav och har lägst anbudspris. Enligt ett av kraven ska lysdioderna vara av fabrikat Nichia eller dokumenterad likvärdig kvalitet. Lysdiodernas exakta typbeteckning och datablad ska bifogas anbudet. Som svar på fråga om exakt modell på lysdioden eller dess tekniska specifikationer för att hitta likvärdiga modeller har kommunen i Frågor och svar angett att modellerna NSPR346KS, NSPG346KS och NSPB346KS ska användas. Kommunen har alltså infört ett skall-krav på märke och modellserie av lysdiod som leverantören måste använda sig av. Vid prövningen av om skall-kraven var uppfyllda jämförde kommunen plötsligt med en specifik ljusstyrka. LEDtecs och andra anbudsgivares an-

bud förkastades på grund av att ljusstyrkan inte ansågs vara tillräckligt hög. Detta strider mot LOU.

Noxab

Enligt förfrågningsunderlaget måste alla informationsskyltarna vara driftklara den 1 juni 2015. Leveranstiden är orealistisk och oproportionerlig. Kommunen ändrade leveranstiden från den 1 juni till den 10 juli 2015. Meddelandet om förlängd leveranstid offentliggjordes samma dag som sista anbudsdag, närmare bestämt fyra timmar innan arbetsdagens slut. Av LOU och framförallt praxis följer att all information ska vara anbudsgivarna tillhanda senast sex dagar före angiven anbudsdag för att likabehandlings- och transparensprinciperna inte ska sättas ur spel.

Försäkringsvärdet på Focus skyltar är nästan 4 000 000 kr men de är försäkrade till 1 000 000 kr. Skyltarna är med andra ord mycket kraftigt underförsäkrade och uppfyller därmed inte kravet på allriskförsäkring i förfrågningsunderlagets punkt 10.3. I kravspecifikationens punkt 2.1 anges att bildformatet ska vara 16:9-orienterat, dvs. att förhållandet mellan bredd och höjd ska vara 1.777. Focus har angett att 5.952 x 3.456 mm som bildmått. Det ger ett förhållande på 1.722 och således en avvikelse om tre procent. Focus anbud borde därmed inte ha utvärderats. Att kommunen kräver dioder av ett visst fabrikat och en specifik diodserie innebär att upphandlingen måste göras om. Upphandlingsformen är i strid med LOU och ramavtalet som kommunen har hänvisat till. På Kammarkollegiets hemsida står att produkter som avropas ägs av den avropande kunden och inte kan avropas som tjänst, hyras eller leasas. Skrivningen i förfrågningsunderlaget om upphandlingsform är ytterst otydlig. Mindspace Group AB:s (Mindspace), som placerades på andra plats vid utvärderingen, har angett måtten på bildytan som 6.144 x 3.456 millimeter, dvs. 21,23 kvadratmeter. Bildytan är

således för stor och skall-kravet på bildyta 20-21 kvadratmeter är därmed inte uppfyllt.

Bolaget har lidit skada eftersom det förlorade upphandlingen på grund av att Focus och Mindspace egentligen skulle ha förkastats.

Ronneby kommun

Kommunen har inte frångått förfrågningsunderlaget, inte tagit ovidkommande hänsyn eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU. Beträffande upphandlingsform har kommunen genomfört en öppen upphandling avseende hyra av tre digitala informationstavlor. Kommunen hänvisar inte till något ramavtal.

Av kravspecifikationen framgår att lysdioderna ska vara av fabrikat Nichia eller dokumenterad likvärdig kvalitet. Lysdiodernas typbeteckning och datablad ska bifogas anbudet. Rörande denna punkt inkom en fråga genom vilken kommunen ombads ange lysdiodernas exakta modell eller tekniska specifikationer för att kunna hitta en likvärdig modell. Kommunen angav att modeller som ska användas är NSPR346KS, NSPG346KS och NSPB346KS. Det är också dessa modeller som har legat till grund för utvärderingen av diodernas kvalitet. Ingen anbudsgivare har diskvalificerats för att annan diod än av märket Nichia har offererats.

Ändringen av leveranstiden i punkt 4.24 har gjorts som ett publikt meddelande vari angavs att leveranstiden gäller enligt överenskommen tidplan, dock senast den 10 juli 2015. Informationsmeddelande om ändrad leveranstid skickades till varje leverantörs e-postadress. Upphandlingen har genomförts helt elektroniskt varför det finns möjlighet att ta tillbaka sitt anbud och ändra innehållet fram till kl. 24.00. Kommunen konstaterade att beställning kunde ske tidigast i samband med avtalstecknandet den 8 april

2015 och med en leveranstid om cirka tolv veckor gjordes bedömningen att leveranstiden behövde ändras för att undvika feltolkningar av när beställning skulle ske.

Focus har gett in ett försäkringsbrev som gäller för utrustning med enskilt värde om högst 1 000 000 kr. Varje skylt anses vara en egen produkt och är således försäkrad upp till 1 000 000 kr. Det innebär att skyltarna har ett fullgott försäkringsskydd.

Kommunen har angett att bildformatet ska vara 16:9-orienterat, inte att det ska ha det exakta förhållandet 16:9. Syftet med kravet är att säkerställa att kommunen får rätt format på skylten. Det är riktigt att skylten som Focus offererade har förhållandet 1.722, vilket kommunen anser visar att den är 16:9-orienterad och att kravet därmed är uppfyllt. Kommunen har under rubriken Tekniska minimikrav på skyltarna angett att skyltarna ska vara 20-21 kvadratmeter. Som det anges i rubriken är detta ett minimimått. Skyltarna från Mindspace har en yta om 21,23 kvadratmeter och uppfyller således kommunens krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 16 kap. 6 § 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även 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. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är begränsade. I LOU saknas beträffande förfrågningsunderlaget detaljerade regler i fråga om utformning, ändringar, förtydliganden och kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får således bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Vid den bedömningen får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen. En upphandlande myndighet får vanligtvis göra kompletteringar och förtydliganden för att klargöra tveksamheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget

såvida dessa inte innebär en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan ett tillägg eller en ändring av ett obligatoriskt krav ses som en väsentlig förändring. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Detta skulle kunna strida mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Om den upphandlande myndigheten anser att nya krav måste ställas kan detta innebära att upphandlingen måste avbrytas och göras om (jfr bl.a. Kammarrätten i Jönköpings domar den 28 augusti 2008 i mål nr 2016-08, den 25 november 2010 i mål nr 1941-10, den 20 september 2011 i mål nr 1367-11 och 1399-11, den 14 juni 2012 i mål nr 4342–4357-11 och den 20 juni 2012 i mål nr 437–446-12 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 18 juni 2012 i mål nr 1589-12).

Förfrågningsunderlag och Frågor och svar

I kravspecifikationen version 1.4 punkterna 2.3 och 2.9 anges följande. Lysdioderna skall vara av fabrikat Nichia eller dokumenterad likvärdig kvalitet. Lysdiodernas exakta typbeteckning och datablad skall bifogas anbudet. Ljusstyrkan skall vara minst 5500 Nits (candela/m^2), kalibrerad.

Under upphandlingsförfarandet har följande fråga inkommit till kommunen. Lysdioderna skall vara av fabrikat Nichia eller dokumenterad likvärdig kvalitet. Lysdiodernas exakta typbeteckning och datablad skall bifogas anbudet. Vänligen ange exakt en modell av dioden som skall användas eller dess tekniska specifikationer för att hitta en likvärdig modell. Kommunen har besvarat frågan enligt följande. Modeller som ska användas är NSPR346KS, NSPG346KS och NSPB346KS.

I punkt 4.24 förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Leveranstid" följande. Enligt överenskommen tidsplan, dock senast 2015-06-01.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen den 4 mars 2015 lämnat ett publikt informationsmeddelande med följande innehåll. Ändring av leveranstid punkt 4.24 i förfrågningsunderlaget enligt följande. Enligt överenskommen tidsplan, dock senast 2015-07-10.

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att kommunen har ändrat ett krav avseende leveranstid. Ändringen innebär att leverans ska ske senast den 10 juli 2015 istället för, såsom ursprungligen angetts i förfrågningsunderlaget, den 1 juni 2015. Noxab gör gällande att denna ändring strider mot LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att ändringen i fråga gjordes under anbudstidens sista dag. Ändringen kan inte tolkas på annat sätt än att leveranstiden förlängs med mer än en månad. Det kan inte anses vara fråga om en mindre komplettering eller ett förtydligande av förfrågningsunderlaget. Vidare saknas skäl att anta annat än att ändringen påverkar potentiella leverantörers förutsättningar att utforma och lämna anbud. Enligt förvaltningsrättens mening innebär ändringen således en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Förfarandet har påverkat det konkurrensuppsökandet på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen. Detta får anses ha medfört att leverantören lidit eller kunnat komma att lida skada.

LEDtec gör gällande att dess anbud uppfyllt de krav som uppställts i kravspecifikationen och att de krav på specifik ljusstyrka som medfört att bolaget uteslutits har tillkommit senare. Enligt LEDtec strider förfarandet mot LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen har prövat inkomna anbud mot särskilda krav på ljusstyrka och diskvalificerat de anbud som inte når

upp till 1 605 mcd, 3 500 mcd resp. 750 mcd (1000 mcd = 1 cd; cd är en förkortning av SI-enheten candela). De värden som specificerats i enheten mcd och som anbudens provats emot saknas i kravspecifikationen. Detta har vitsordats av kommunen såtillvida att den i sitt yttrande till förvaltningsrätten har anfört att det är de i frågor och svar angivna modellerna NSPR346KS, NSPG346KS och NSPB346KS som har legat till grund för utvärderingen av diodernas kvalitet.

Enligt förvaltningsrättens mening har angivna modellens ljusstyrka lyfts fram som avgörande egenskap och tillämpats som ett nytt obligatoriskt krav. Förvaltningsrätten anser att det nya kravet på ljusstyrka innebär en väsentlig förändring i förhållande till det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på att lysdioderna skall vara av fabrikat Nichia eller dokumenterad likvärdig kvalitet liksom i förhållande till det tidigare uppställda kravet på ljusstyrka (minst 5500 cd/m²). Det beskrivna förfarandet har enligt förvaltningsrättens mening inneburit att förutsättningarna för upphandlingen ändrats på ett sätt som strider mot likabehandlings- och transparensprinciperna. Detta får anses ha medfört att leverantören lidit eller kunnat komma att lida skada.

Med hänsyn till vad som ovan anförts beträffande otillåtna väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget och följderna härav finner förvaltningsrätten skäl att ingripa mot upphandlingen och besluta att den ska göras om. Vid sådant förhållande saknas skäl att pröva sökandenas övriga invändningar.

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

Finn Hultin

Föredragande: Robert Brisenstam



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.