



**LÄNSRÄTTEN I
BLEKINGE LÄN**

H Johansson

DOM
2009-02-11
Meddelad i
Karlskrona

Mål nr
48-09

KONKURRENSVERKET

2009 -02- 1 2

Avd

Dnr

Does

Aktbil

SÖKANDE

Nordplan Inredningar Aktiebolag, 556207-1729
Box 663
601 15 Norrköping

Ombud: advokat Carl Bokwall och
jur. kand. Per-Owe Bumgarth
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Stiftelsen Blekinge Museum, 835000-6113
Borgmästaregatan 21
371 35 Karlskrona

SAKEN

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

BAKGRUND

Stiftelsen Blekinge Museum (Blekinge museum) genomför upphandling av förvaringssystem för föremål. Upphandlingen består av fem delar och anbud kunde läggas på en eller flera av delarna. Genom tilldelningsbeslut den 7 januari 2009 tilldelades Nordplan Inredningar AB (Nordplan) del 2 och 5 av upphandlingen medan annan leverantör, Constructor Sverige AB (Constructor) tilldelades övriga delar.

YRKANDEN

Nordplan yrkar överprövning av upphandlingen på så sätt att Constructors anbud ska förkastas och ny utvärdering ske av delarna 1, 3 och 4.

Stiftelsen Blekinge Museum bestrider bifall till överklagandet.

Dok.Id 25668

Postadress
Box 516
371 23 Karlskrona

Besöksadress
Rådhuset, Stortorget

Telefon
0455-33 54 50
E-post: lansratteniblekinge@dom.se

Telefax
0455-215 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

Länsrätten beslutade den 16 januari 2008 att upphandlingen inte fick avslutas såvitt avser delarna 1, 3 och 4 innan annat beslut fattats av länsrätten.

PARTERNAS TALAN

Nordplan anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Constructors leveransvillkor samt kommersiella villkor

De leveransvillkor som Constructor har angett i sitt anbud står i strid mot leveransvillkoret "fritt levererat och monterat" och de kommersiella villkor för leverans som uppställs som skall-krav i tredje kapitlet i förfrågningsunderlaget. Leveransvillkoret "fritt levererat och monterat i Blekinge museums lokaler" innebär enligt förfrågningsunderlaget att säljarens ansvar för alla risker och kostnader för utrustningen övergår till Blekinge museum först när leverans skett till museet, montering färdigställt enligt avsnitt 2.2.3 första stycket i förfrågningsunderlaget samt när all överenskommen dokumentation är levererad enligt avsnitt 2.2.7 i förfrågningsunderlaget. Constructor har inte accepterat skall-kravet utan istället angett ett annat leveransvillkor; "DDP 023 Incoterms 2000 fritt Er godsmottagning Karlskrona". Detta leveransvillkor är ett leveransvillkor betyder "Levererat Förtullat" och innebär att säljaren avlämnar godset importklarerat till köparen på angiven destinationsort. Säljarens ansvar för alla risker och kostnader för godset upphör enligt klausulen vid leverans till destinationsorten. Detta innebär för Constructors del att deras ansvar för godset redan upphör när leverans skett till Blekinge museums godsmottagning i Karlskrona, och inte som leveransvillkoret är utformat: när leverans, montering och överlämnande av dokument skett. Constructor har åberopat NL 01. NL 01 är långt mer säljarvänligt än Blekinge museums kommersiella villkor och köplagens dispositiva bestämmelser. Exempel på sådana mer förmånliga bestämmelser är att punkt 13 i NL 01 ger köparen rätt till vite från den dag då leverans skulle ha skett om inte säljaren levererar i rätt tid. Vitet begrän-

sas till 0,5 procent av det avtalade priset för varje vecka förseningen varar. Vitet ska dock endast beräknas på den del av priset som hänför sig till den del av det försenade godset som inte kan tas i bruk. Vitet får inte överstiga 7,5 procent av beräkningsunderlaget och förfaller till betalning först när allt gods levererats eller avtalet hävts. Enligt Förfrågningsunderlaget (avsnitt 3.1.5) ska vite utgå om leverantören inte uppfyller, eller på ett bristfälligt sätt uppfyller, sina åtaganden. Enligt avtalet ska leverantören betala ett avtalsvite bestående av 2 000 kr till kunden för varje påbörjat kalenderdygn utan begränsning till den felaktiga eller försenade delen, dock max 15 procent av kontraktssumman, som förfaller till betalning omedelbart. Det är klart och tydlig att de av Constructor åberopade leveransvillkoren är mycket mer förmånliga och avviker från de leveransvillkor som uppställts i förfrågningsunderlaget.

Blekingemuseum har därmed i strid mot skall-kravet ovan, tilldelat Constructor kontrakt. Detta innebär att anbudsgivarna inte behandlats lika och att förutsättningarna för upphandlingen inte varit transparenta. Constructors otillåtna reservationer mot skall-kraven kan antas påverka bolagets offererade totalpris. Skall-kravsbristen är därmed väsentlig och medför att Constructors anbud måste diskvalificeras och förnyad utvärdering vidtas.

Constructors referenser

Nordplan gör vidare gällande att Constructor inte uppfyller kvalificeringskravet i avsnitt 1.2.4 i förfrågningsunderlaget beträffande anbudsområde 1 (kompaktarkiv med inredning för textilt material) dels därför att vissa leveranser till referensföretagen är för gamla, dels därför att vissa leveranser till referensföretagen avsett sådant som inte kan anses utgöra ”motsvarande leveranser”. Constructor har därmed inte angett två referenser för anbudsområde 1. Constructors anbud ska därför förkastas och förnyad utvärdering ske. Av kravspecifikationerna avsnitt 2.1.2 och bilaga 1 till förfrågnings-

underlaget följer att anbudsområde 1 omfattar två stycken datastyrda kompaktarkiv och en stationär lådsektion med inredning för textilt material. Textilierna ska inte behöva vikas utan förvaring ska ske antingen rullat eller plant i stora lådor. Rullade textilier ska förvaras i utdragna ramar för att underlätta hanteringen. Kompaktarkivet ska vara flexibelt och lådor, ramar och klädstänger ska kunna byta plats. Vad gäller referensföretag 1: Nordiska museet så är Nordiska museet avropare till Försvarets materielverks ramavtal med Constructor. De leveranser som Constructor gjort till Nordiska museet omfattar såvitt Nordplan kunnat utröna endast detta ramavtal. Ramavtalet omfattar dock inte leveranser som motsvarar anbudsområde 1 (kompaktarkiv med inredning för textilmaterial) utan avser endast klädsåp, förvaringsenheter och hyllställ. De leveranser som Nordiska museet mottagit från Constructor omfattar inte datastyrda kompaktarkiv för specialförvaring av textilier utan avser enklare hyllsystem för förvaring av tapeter som inte motsvarar anbudsområde 1. Nordiska museet kan därför inte åberopas som referens avseende anbudsområde 1. Gällande referensföretag 2: Kulturhistoriska museet i Oslo så motsvarar den inredning som Constructor har levererat till Kulturhistoriska museet i Oslo inte det som efterfrågas i anbudsområde 1. För det första har leveransen inte avsett ett datastyrt kompaktsystem. Vidare har Blekinge museum beträffande anbudsområde 1 efterfrågat ett flexibelt system med utdragbara ramar för rullade textilier eller plant liggande textilier. Constructors leveranser till Kulturhistoriska museet i Oslo har endast avsett nätgaller där textilrullarna hängs på med hjälp av krokar eller konsoler. Leveranserna har överhuvudtaget inte avsett förvaring av rullade textilier i utdragbara ramar eller plant förvarade textilier så som efterfrågats för anbudsområde 1 och den förvaring som Constructor tillhandahållit Kulturhistoriska museet i Oslo kan därför inte åberopas som referens för anbudsområde 1. Referensföretag 3: Stockholms stadsmuseum kan inte åberopas som referens för anbudsområde 1 då de leveranser som skett till detta företag är för gamla sett till kvali-

ficeringskravet i avsnitt 1.2.4 förfrågningsunderlaget. Vad gäller referensföretag 4: Svensk Museitjänst så sorterar de under Riksarkivet och hyr ut föremålsarkiv till museer och kulturinstitutioner. Svensk Museitjänst har enligt samtal med Nordplan inte i egenskap av köpare mottagit leveranser från Constructor. Det är istället Svensk Museitjänsts kunder som mottagit leverans. Såvitt Nordplan kunnat utreda har de leveranser som Constructor avser i sitt anbud, skett till Medelhavsmuseet. Eftersom även Nordplan lämnade anbud i denna upphandling har bolaget en mycket god uppfattning vad upphandlingen omfattade. Medelhavsmuseet upphandlade ett pallställ och ett kompakthyllesystem med enbart hyllplan samt flytt av ett mindre befintligt arkiv. Det kompakthyllesystemet som Constructor levererat till Medelhavsmuseet är mycket enkelt och fungerar så att man kan ställa kartonger i hyllorna. Denna leverans ska jämföras med de kompakthyllesystem som efterfrågas i anbudsområde 1 som exempelvis ska bestå av utdragbara lådor, där rullande textilier ska kunna förvaras i utdragbara ramar och där lådor, ramar, klädstänger samt hyllor vid behov ska kunna byta plats. De leveranser som Medelhavsmuseet mottagit är därför inte sådana att de kan anses motsvara de leveranser som omfattas av anbudsområde 1. Constructor har därmed inte kunnat åberopa Svensk Museitjänst/Medelhavsmuseet som referensföretag. Gällande referensföretag 5: Nationalmuseum Oslo så har den leverans av inredning som Constructor gjort endast avsett hyllor med hyllplan. Den leveransen är inte jämförbar med den inredning avseende textilier som efterfrågas i upphandlingen, upphandlingens inredning är långt mer sofistikerad. Angående leveranser till referensföretag 6: Malmö museer så har enligt Malmö museer de leveranser som Constructor åberopar sig av i sitt anbud skett våren 2006 vilket innebär att leveranserna inte kan åberopas enligt aktuellt kvalificeringskrav.

Blekinge museum anför till stöd för sitt bestridande i huvudsak följande.

Constructors leveransvillkor och kommersiella villkor

Blekinge museum bestrider yrkandet med hänvisning till att Constructor på respektive anbudsmall som har bifogats anbudet har accepterat samtliga villkor i förfrågningsunderlaget. Constructor har i sitt anbud på sidan 8 p. 3 skrivit att samtliga förekommande skall-krav i anbudsfrågan jämte bilagor och komplettering, accepteras och uppfylls. Vidare har Constructor tillsänt Blekinge museum undertecknade upphandlingskontrakt där det tydligt framgår att de accepterar Blekinge museums leveransvillkor i upphandlingskontraktet. De undertecknade upphandlingskontrakten ankom till Blekinge museum den 9 januari 2009, d.v.s. före tidpunkten för ansökningen om överprövning från Nordplan.

Constructors referenser

Blekinge museum bestrider yrkandet med hänvisning till att båda anbudsgivarna skriftligen, i respektive anbudsmall, har bekräftat att samtliga skall-krav i förfrågningsunderlagets punkt 1.2.4 är uppfyllda samt att varken Constructor eller Nordplan har daterat tider för referenserna. Blekinge museum har bedömt referenserna utifrån likabehandlingsprincipen. Det är inte tillrådligt att kräva en lösning som är så pass exakt att bara en leverantör kan klara ett sådant krav vilket skulle vara fallet om Nordplans krav skulle gälla. Blekinge museum bedömer att lösningarna som är offererade klarar uppgiften och anses som likvärdiga.

Nordplan har svarat följande. Det bestrids inte att Constructor i sitt anbud bekräftat att bolaget uppfyller samtliga skall-krav. Constructor har dock strax efter sin bekräftelse i sitt anbud, gjort en klar och tydlig reservation mot Blekinge museums leveransvillkor respektive kommersiella villkor i avsnitt 2.2.7 och 3.1.2 respektive avsnitt 3.1.5 (som uttrycks som skall-krav), genom att ange avvikande leveransvillkor. Att Constructor kryssat i anbudsmallen att bolaget uppfyller samtliga skall-krav förändrar inte inne-

börden och betydelsen av den gjorda reservationen. Blekinge museum gör även gällande att Constructor genom att underteckna upphandlingskontraktet tydligt accepterat Blekinge museums leveransvillkor. Det är oklart på vilken rättslig grund som Blekinge museum menar att detta är möjligt. Enligt LOU är det en förutsättning för att ett anbud ska prövas och utvärderas att samtliga skall-krav är uppfyllda. Denna utgångspunkt har även Blekinge museums egna förfrågningsunderlag där det särskilt anges att förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren som på efterfrågad produkt. Eftersom det saknas rättslig möjlighet att utvärdera anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav, kan inte Constructor tillåtas att acceptera skall-kraven först efter anbudstidens utgång vid undertecknandet av upphandlingskontraktet. Under alla omständigheter förhåller det sig så att Blekinge museum i de kontrakt som skickats till Constructor för undertecknande efter tilldelningsbeslutet, numera uttryckligen anger under avsnitt 1.4.2 leveransvillkor att leverans numera skall ske fritt levererat DDP Incoterms 2000 samt ALOS 05 och monterat angiven adress. Detta har skett i uppenbar strid mot Blekinge museums egna tvingade skall-krav. Varken Incoterms eller ALOS 05 har överhuvudtaget nämnts i förfrågningsunderlaget. Det torde därmed vara ostridigt att Constructor varken kan anses ha återtagit sin reservation i anbudet eller genom undertecknande av kontrakten.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

De i lagrummet angivna principerna grundar sig på de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens). Upphandlande myndighet är skyldig att beakta dessa principer oavsett om det avtal som upphandlingen i fråga avser omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på det aktuella området eller inte (jfr bl.a. EG-domstolens förhandsavgörande den 3 december 2001 i mål nr C-59/00, "Hvidbjerg Vinduet").

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får också begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget anges under punkten "2.2 Krav och Kriterier" bl.a. följande.

"2.2.7. Dokumentation

1. Om dokumentation krävs för produktens handhavande och skötsel skall denna ingå i leveransen.

2. Leverans skall anses vara fullgjort först när all överenskommen dokumentation är levererad. Komplet och ändamålsenlig dokumentation skall medfölja den levererade utrustningen. Dokumentationen skall vara på svenska.”

I förfrågningsunderlaget anges under rubriken ”3.1. Pris och Leveransvillkor” bl.a. följande.

”3.1.2. Leveransvillkor

Leverans skall ske fritt levererad och monterat till angiven leveransadress.

Leverantören skall stå för samtliga kostnader för intransport av utrustningen till lokalen. Leverantören skall även stå för omhändertagande av emballage.”

”3.1.5. Leveransförsening och vite

Om leverantören inte uppfyller, eller på ett bristfälligt sätt uppfyller, sina åtaganden enligt avtalet skall leverantören betala ett avtalsvite bestående av 2 000 SEK till kunden för varje påbörjat kalenderdygn - dock max 15 % av kontraktssumman – tills den uteblivna eller bristfälliga prestationen åtgärdats.”

I förfrågningsunderlaget anges under rubriken ”1.2.4 krav på anbudsgivare” bl.a. följande.

”För att styrka anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet skall leverantören lämna minst två referenser på varje inlämnad anbudsdel motsvarande leveranser de senaste två åren”

Constructors anbud

I Constructors anbud från den 25 november 2008, anges under punkten 3. Villkor bl.a. följande.

”Samtliga förekommande skall krav i anbudsfrågan jämte bilagor och komplettering accepteras och uppfylls.”

”Leveransvillkor

Enligt Allmänna leveransbestämmelser NL 01.

DDP 023 Incoterms 2000 (Levererat förtullat) fritt Er godsmottagning Karlskrona.

Emballage ingår. Lossning av gods samt intransport till (montageplatsen) utförs och bekostas av Oss”

Länsrättens bedömning

Constructors leveransvillkor och kommersiella villkor

I målet är ostridigt att Constructor i sitt anbud har uppgett dels att samtliga skall-krav accepteras dels att såsom ett leveransvillkor gäller "DDP 023 Incoterms 2000 fritt Er godsmottagning Karlskrona" och såsom ett kommersiellt villkor NL 01. Det är vidare ostridigt att DDP 023 Incoterms 2000 utgör en internationell standardbeskrivning av leveransvillkor och mer specifikt bl.a. innebär att varan levereras förtullad till köparens lager samt att NL 01 är ett internationellt system av kommersiella villkor och att detta bl.a. innebär att om säljaren inte levererat godset i rätt tid så har köparen rätt till vite från den dag då leverans skulle ha skett och att vitet ska utgöra 0,5 procent av det avtalade priset per hel vecka. Vitet ska vidare enligt NL 01 inte överstiga 7,5 procent av den del av godset som inte kunnat tas i bruk på grund av förseningen. Dessa villkor skiljer sig otvivelaktigt från de villkor som anges i Blekinge museums förfrågningsunderlag.

Blekinge museum har dock valt att tolka Constructors anbud som att den först lämnade uppgiften om att samtliga skall-krav accepteras är den riktiga och frågan i denna del är närmast om Blekinge museum härigenom har förfarit felaktigt och inte behandlat samtliga leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt eller inte genomfört upphandlingen på ett öppet sätt.

Eftersom anbudet var otydligt och innehöll motstridiga uppgifter hade Blekinge museum enligt länsrättens mening varit oförhindrad att med stöd av 9 kap. 8 § LOU begära ett förtydligande av Constructor genom att fråga om Blekinge museums tolkning var den riktiga. En sådan fråga kan inte anses medföra risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Någon skyldighet att begära ett sådant förtydligande har dock inte förelegat och museet hade också varit oförhindrat att tolka anbudet på det sätt som

Nordplan gjort och på denna grund utesluta anbudet från att delta i den slutliga utvärderingen. Blekinge museum tolkade emellertid anbudet som att skall-kraven var uppfyllda. Av senare upprättat upphandlingskontrakt, vilket undertecknats av Constructor men ännu inte av Blekinge museum, framgår att Blekinge museums tolkning av Constructors anbud var korrekt och att Constructor avsåg att uppfylla samtliga skall-krav.

Nordplan har i och för sig invänt att inte heller upphandlingskontraktet är i överensstämmelse förfrågningsunderlagets skall-krav då det bland leveransvillkoren fortfarande anges DDP Incoterms 2000 samt ALOS 05. Även ALOS 05 är en form av allmänna bestämmelser för leverans av varor. Med hänsyn till övriga i kontraktet intagna villkor innebär dock omnämmandet av DDP Incoterms 2000 och ALOS 05 under punkten ”Pris och leveransvillkor” inte att upphandlingskontraktet strider mot de villkor som föreskrivs i förfrågningsunderlaget.

Länsrätten finner därför att Blekinge museums förfarande i denna del har inneburit att de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet har iakttagits och att museet inte har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Constructors referenser

Vad gäller Nordplans påstående att de av Constructor lämnade referenserna strider mot förfrågningsunderlaget gör länsrätten följande bedömning. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska lämna minst två referenser på varje inlämnad anbudsdel avseende motsvarande leveranser de senaste två åren. Vad som ska räknas som motsvarande leveranser är inte definierat i förfrågningsunderlaget. Det torde vara svårt att i aktuell bransch, där många detaljlösningar är för handen, hitta referenser där exakt likvärdiga lösningar har levererats. Länsrätten finner emellertid att de av

Constructor åberopade referensuppdragen får anses avse likvärdiga uppdrag. Även om vissa av referenserna avser uppdrag som ligger mer än två år tillbaka uppfyller dock två av referenserna det angivna ålderskravet. Inte heller i denna del har Blekinge museum brutit mot någon bestämmelse i LOU.

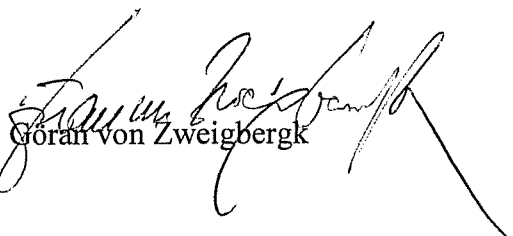
DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökningen.

Länsrättens beslut den 16 januari 2009 gäller inte längre.

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

Länsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.


Göran von Zweigbergk