

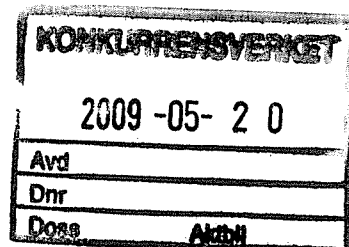
LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN

DOM
2009-05-19
Meddelad i
Luleå

Mål nr
726-09E
Rotel 2

SÖKANDE

Swarco Sverige AB, 556024-7594
Pepparvägen 81
123 56 Farsta



MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Luleå kommun (kommunen) genomförde offentlig upphandling gällande Parkeringsssystem 2009. Enligt tilldelningsbesked den 7 april 2009 beslutade kommunen att anta anbud från EON ES Trafik & System AB (EON).

Swarco Sverige AB (Swarco) har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten ska besluta att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Vidare har Swarco yrkat i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts innebärande att en ny utvärdering av anbuden ska genomföras varvid EONs anbud ska uteslutas och Swarcos anbud antas. I andra hand har Swarco yrkat att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Som grund för sin ansökan har Swarco anfört bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning "BESKRIVNING PARKERINGSSYSTEM" bilaga 3 stipuleras en mängd "ska" krav. I avsnitt 3.2 Funktionsbeskrivning beskrivs en mängd funktioner som systemet ska uppfylla. Under punkt 4 skriver kommunen att: "Systemet ska vara EMV-Certifierad". I dokument "Förfrågningsunderlag avseende Parkeringsssystem 2009" avsnitt 1.6 Prövning av anbud beskrivs hur kommunen ska utvärdera inkomna anbud. Anbuds-

Dok.Id 56717

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90	0920-29 54 98	måndag – fredag
971 26 Luleå		E-post: lansratteninorrbotten@dom.se		09:00-12:00
		http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/		13:00-16:00

utvärderingen ska ske i två faser där den första kvalificeringsfasen innebär att formell företagsinformation kontrolleras samt som kommunen skriver "Att leverantören uppfyller kommunens ställda ska-krav ". För att gå vidare till fas 2 Utvärderingsfasen ska alla kriterier i kvalificeringsfasen vara uppfyllda. I fas 2 utvärderas sedan pris samt garantier. Kommunen skriver vidare i punkt 1.6 att: "Bedömningen kommer att ske utifrån leverantörens skriftliga redogörelser i anbudet." Enligt tilldelningsbeslutet och anbuds-sammanställningen framgår att kommunen ansett att EONs anbud uppfyllt ställda krav i fas 1 Kvalificeringsfasen och därför gått vidare till fas 2 Utvärderingsfasen. Efter att tilldelningsbeslutet meddelades har Swarco begärt ut vinnande anbudsgivares anbud. På sidan åtta i dokument Svar på Förfrågningsunderlag parkeringshus Karpen, Luleå i EONs anbud skriver EON: "På grund av komplexiteten i EMV-certifieringsförfarandet, utvecklingskostnaderna och det höga priserna på EMV-certifierade kreditkorts-terminaler ingår inte en EMV-kompatibel lösning i detta anbud". Denna redogörelse innebär att EON lämnat ett orent anbud där EON inte uppfyller kommunens ställda ska-krav och därför borde ha förkastats i fas 1 Kvalificeringsfasen. Vidare har EON genom att inte erbjuda ett EMV-certifierat system haft möjlighet att lämna ett lägre anbudspris än andra anbudsgivare med EMV-certifiering. Detta framgår klart i EONs egen redogörelse. Utifrån de ovan redovisade förutsättningarna kan någon annan slutsats inte dras än att EONs anbud inte uppfyller de ska-krav som kommunen ställt upp. Då Swarco lämnat det enda anbud som uppfyller ställda ska-krav borde Swarco ha antagits som leverantör. På ovan angivet sätt har kommunen brutit mot de grundläggande principerna om framförallt transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Swarco har till följd av kommunens hantering lidit skada.

Den 16 april 2009 har länsrätten beslutat att aktuell upphandling, i avvaktan på att länsrätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt, tills vidare inte får avslutas.

Kommunen har motsatt sig ansökan, yrkat i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om samt anfört bl.a. följande. Med EMV-certifiering avses det betalningssystem där bank/kreditkortets chipmärkning används, eventuellt i kombination med en pin-kod. Det Swarco inte uppger i sitt anbud är det förhållandet att EMV-certifieringen inte finns i Sverige ännu. För detta krävs att bankerna i Sverige kommer överens om det ur säkerhetssynpunkt ska krävas både chip och pinkod eller om det är tillräckligt med chipmärkningen för att betalningssättet ska kunna godtas. Det innebär, enligt kommunens uppfattning, att båda anbuden är likvärdiga genom att ingen av dem rent faktiskt har en certifiering som är godkänd i Sverige. Enda skillnaden är att EON mer utförligt har redovisat detta. Det har därmed inte funnits skäl för kommunen att med stöd av bestämmelserna i LOU utesluta något av anbuden från att gå vidare till utvärderingsfasen bara för att anbudsgivarna valt att på olika sätt redovisa förhållandena kring EMV-certifieringen.

Swarco har yttrat sig och genmält bl.a. följande. Det bestrids att anbuden är likställda. EMV-certifiering finns i ett flertal länder i Europa. Swarcos system är EMV-certifierat i ett antal av dessa. Kommunen har inte angett att certifieringen ska vara svensk. Det är heller inte nödvändigt att en sådan certifiering ska vara svensk för att all funktionalitet ska vara uppfylld. Därför är inte heller ska-kravet felaktigt formulerat. Den tolkning som måste göras av ska-kravet är att kommunen vill upphandla ett framtidssäkert system som klarar framtida krav på EMV-certifiering utan större uppgraderingar. EON har genom att inte erbjuda ett EMV-certifierat system lämnat ett orent anbud samt erhållit en otillåten fördel i anbudsförfarandet. EON har vidare undgått dyra utvecklingskostnader samt kunnat offerera ett billigare inte EMV-certifierat system.

Kommunen har yttrat sig och genmält bl.a. följande. Den vidhåller att båda offererade parkeringssystem på samma sätt är förberedda för EMV-certifiering i Sverige. Båda systemen fungerar för närvarande på samma sätt. Kommunen har antagit det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt och anser därför att Swarcos yrkande ska avslås. För det fall länsrätten skulle anse att kommunen brutit mot LOU och detta medfört skada för Swarco yrkar kommunen att upphandlingen ska göras om. Förfrågningsunderlaget måste i så fall ändras med avseende på EMV-certifieringen eftersom det för närvarande inte finns någon godkänd EMV-certifiering som fungerar i Sverige på det sätt som kommunen avsett.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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 6 kap. 1 § LOU anges att tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§. När det är möjligt bör specifikationerna bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder eller utformning med tanke på samtliga användares behov.

I 6 kap. 2 § LOU anges att de tekniska specifikationerna ska, om inte 3 § tillämpas, vara utformade med hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga 4, och i turordning hänvisa till

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller

6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggentreprenader samt materialanvändning.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdigt".

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser.

I 6 kap. 3 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår. En upphandlande myndighet får hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt för leverantören att visa att de uppställda prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket är uppfyllda. En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna genom hänvisning till specifikationerna enligt 2 § i fråga om vissa egenskaper och till prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket i fråga om andra egenskaper.

I 6 kap. 5 § LOU anges att om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

I 6 kap. 6 § LOU anges att om en upphandlande myndighet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med

1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard,
2. ett europeiskt tekniskt godkännande,
3. en gemensam teknisk specifikation,
4. en internationell standard, eller
5. ett tekniskt referenssystem, som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan.

Första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggentreprenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten har ställt upp.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande

myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt andra stycket får vid direktupphandling en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Enligt tredje stycket får vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGETS INNEHÅLL I AKTUELL DEL

Enligt punkt 1.6 i förfrågningsunderlaget kommer prövning av anbud att ske i två steg enligt nedan:

Steg 1 – Kvalificeringsfas

Följande uppgifter granskas:

- Leverantörens ifyllda uppgifter i kommunens bilaga Leverantörsinformation.
- Leverantörens erläggande av allmänna avgifter. Leverantörer som har oreglerade skatteskulder kan komma att diskvalificeras.
- Leverantören ska innehålla F-skattsedel.
- Att leverantören uppfyller kommunens ställda ska-krav.

Steg 2 – Utvärderingsfas

I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som gått vidare från kvalificeringsfasen. Prövningen kommer att ske enligt principen ”det ekonomiskt

mest fördelaktiga” med hänsyn till nedan angivna kriterier, viktningsgrad anges inom parentes.

- Pris (60%)
- Garantier (40%)

Bedömningen kommer att ske utifrån leverantörens skriftliga redogörelser i anbudet.

Enligt punkt 3.2 p. 4 i kravspecifikationen ”Beskrivning parkeringssystem” Ska systemet vara EMV-certifierad.

ANBUDENS INNEHÅLL I AKTUELL DEL

I EONs anbud punkt 6 anges bl.a. följande. På grund av komplexiteten i EMV-certifieringsförfarandet, utvecklingskostnaderna och de höga priserna på EMV-certifierade kreditkortsterminaler ingår inte en EMV-kompatibel lösning i detta anbud. Priset för in- och farter är sannolikt lägre, eftersom det kan bli aktuellt med en lösning som inte kräver en PIN-pad (åtminstone för betalning upp till ett visst belopp). Alla betalstationer och in/utfarter är förberedda för att på ett enkelt sätt kunna uppgraderas med EMV-kompatibla kreditkortsterminaler och PIN-Pad utrustning.

I Swarcos anbud punkt 3 p. 4 anges att systemet är EMV-certifierat.

DOMSKÄL

Vid upphandling genom öppet förfarande gäller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, bl.a. principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet.

Transparens innebär att upphandlingen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas samt information om hur anbuden kommer att utvärderas. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Av proportionalitetsprincipen följer att de krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det

finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande och belastande.

Länsrättens bedömning

Med hänsyn till ordalydelsen kan förfrågningsunderlaget inte tolkas på annat sätt än att systemet ska vara EMV-certifierat. Det framgår dock inte att EMV-certifieringen ska vara svensk. Eftersom det ostridigt är så att det inte finns någon svensk EMV-certifiering kan kravet på certifiering möjligen tolkas så att systemet ska vara certifierat i annat land. Detta synes dock inte ha varit kommunens avsikt. Det kan också uppfattas så att kommunen av förbiseende ställt upp krav på något som inte finns ännu varför man bortsett från kravet. Det uppställda kravet får i vart fall anses ha medfört att, som Swarco gjort gällande, förfrågningsunderlaget ger utrymme för flera tolkningar, att upphandlingen brister i transparens och att den står i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Det har inte framkommit annat än att Swarco på grund av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget har offererat ett system som är EMV-certifierat i andra länder. Swarco har härvid gjort gällande att det har påverkat anbudspriset i negativ riktning. Av EONs anbud framgår att det på grund av utvecklingskostnader och höga priser på EMV-certifierade kreditkortsterminaler inte omfattar en EMV-kompatibel lösning. Med hänsyn härtill samt till att det framgår av utvärderingen att priset varit avgörande för tilldelningen av kontraktet får Swarco anses ha visat att det lidit eller kan komma att lida skada på grund av felet. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför.

Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen, som parterna också yrkat i andra hand, göras om.

Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för kommunen att fortsätta upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref. 17).

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Swarco Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Luleå kommuns upphandling avseende parkeringssystem 2009 ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/IC)



Eva Beselin



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.