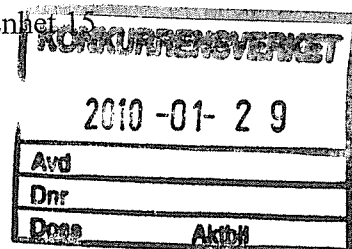


**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-01-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26308-09

Enhet 15



SÖKANDE
Comex Electronics AB, 556314-8153
Tumstocksvägen 11 B
187 66 Täby

MOTPART
Försvarets Materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN
Överprövning enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Försvarets Materielverks upphandling benämnd ”U1 Materiel till INSL” avseende position 1, 5, 6 och 11 ska göras om.

Länsrättens intermistriska beslut den 17 december 2009 gäller därmed inte längre.

Dok.Id 492561

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|------------------|-------------------------------------|---------------|--------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: lansrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Försvarets materialverk (FMV) har genomfört en upphandling av U1 Materiel. FMV har i tilldelningsbeslut den 7 december 2009 har FMV meddelat bl.a. att de har för avsikt att teckna avtal med annan anbudsgivare än Comex Electronics AB (Comex) avseende position 1, 5, 6 och 11.

Comex har ansökt om överprövning av upphandlingen enligt LOU. Länsrätten har den 17 december 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

YRKANDEN M.M.

Comex ansöker om överprövning och yrkar såvitt nu är ifråga, såsom talan slutligen har bestämts, att länsrätten i första hand genom beslut om rättelse förordnar att FMV ska tilldela Comex upphandlingen som leverantör av position 1, 5, 6 och 11 och i andra hand genom beslut om rättelse förordnar att Comex anbud ska anses uppfylla alla de krav som gäller för berörda positioner samt att en ny utvärdering med detta i beaktande ska ske för aktuella positioner. Under alla omständigheter yrkar Comex att länsrätten förordnar att FMV ska göra om upphandlingen såvitt avser den eller de positioner där rättelse inte funnits lämplig.

Till stöd för sin talan anför Comex i huvudsak följande.

Position 1 och 6

Vad gäller FMV:s påstående att Comex inte uppfyller kravet på leveranstid har Comex i anbudet angett att kraven på leveranstid uppfylls beträffande samtliga positioner. Det är inte riktigt att leveranstiden för position 1 förlängs med 16–20 veckor eller att utrustningen saknar optiskt DVI som FMV påstår. Comex ger i sitt anbud FMV möjlighet att avstå från att välja

tillägget optiskt DVI. Det optiska DVI-kort som FMV krävt kan endast överföra video till extraskärmar i formatet 4:3. Bildskärmar i detta format är på väg att försvinna från marknaden för att ersättas av bildskärmar i wide-format. Värdet av att kunna koppla klienten till en 4:3-skärm är därför begränsat. Den fördel som kvarstår med det optiska DVI-kortet är därför i princip att klient kan kopplas till projektorer. Comex ifrågasätter om FMV verkligen har ett behov av optiskt DVI i samtliga klienter som avses i position 1 och 6, särskilt mot bakgrund att det innebär en betydande merkostnad. Försvarsmakten beslutade i början av år 2008 att ett visst optiskt DVI-kort skulle vara standard i alla framtida U1-klienter. DVI-kortet ifrågasätts tillverkas såvitt Comex känner till endast av Hectronic AB (Hectronic). Comex har uppfattat att Fibersystem AB (Fibersystem), den anbudsgivare som tilldelats de delar av upphandlingen som inte tilldelats Comex, har medverkat i utvecklingen av DVI-kortet. Trots Comex förfrågningar har FMV inte gått med på att låta Comex veta vilka tekniska specifikationer som gäller för utrustningen. Med tillgång till sådana specifikationer hade Comex på annat sätt kunnat utveckla en produkt med motsvarande funktionalitet. I kontakt med Hectronic under november 2009 har Comex informerats att leveransen av vissa enstaka komponenter i kortet i värsta fall skulle kunna dröja upp till 16–20 veckor. Det kan inte anses vara i överensstämmelse med LOU:s krav på likabehandling, öppenhet och proportionalitet i upphandlingen att kräva att Comex i anbudet tar fullt ansvar för leveranskapaciteten hos en tredje part, Hectronics, särskilt då FMV, genom kravställaren Militärens underrättelse- och säkerhetstjänst (MUST), ensidigt utsett denna tredje part som leverantör av en efterfrågad komponent, samtidigt som denna tredje part utvecklat den efterfrågade komponenten tillsammans med konkurrenten Fibersystem. FMV är upphandlande myndighet i denna förhandling. Enligt LOU åligger det upphandlande myndighet att iaktta vissa allmänna principer för offentlig upphandling, däribland proportionalitetsprincipen. Självfallet måste dessa grundläggande principer gälla även om den upphandlande myndigheten använder sig av kravspeci-

fikationer etc. som utformats av en annan myndighet än den myndighet som formellt sett genomför upphandlingen.

FMV gör nu gällande att det skulle finnas en osäkerhet beträffande leveranstiden för optionen i position 6. Varken anbudsinfordran eller förfrågningsunderlaget i övrigt innehåller några föreskrifter om leveranstiden för denna option, utöver ”leveranstid efter eventuellt utlösande av option med angivande av leveranstakt skall ingå i anbudet”. I Comex anbud anges beträffande position 6 att leveranstid efter utlösande av option är 6–8 veckor. Något förbehåll har inte gjorts och även om ett förbehåll skulle anses ha gjorts beträffande position 6 kan detta inte anses strida mot anbudsinfordrans föreskrifter.

FMV har genom fel och brister i upphandlingen kommit att förkasta Comex anbud avseende position 1 (liksom avseende position 5, 6 och 11). Fel och brister i upphandlingen som direkt leder till att den upphandlande myndigheten inte antar det anbud som enligt LOU:s och förfrågningsunderlagets tilldelningsgrunder skulle ha antagits kan inte vara att anse som ”av mindre betydelse”

Under dessa förhållanden skulle det strida mot LOU:s krav på likabehandling, öppenhet och proportionalitet i upphandlingen att diskvalificera Comex anbud på de grunder som FMV gör gällande i anbudsutvärderingen. Under alla omständigheter går kravet på att det aktuella DVI-kortet ska finnas i samtliga U1-enheter utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet, vilket strider mot den proportionalitetsprincip som gäller enligt LOU.

Vad gäller leveranstiden hänvisar FMV i anbudsutvärderingen till en tve-tydighet gällande Comex anbud. FMV skulle ha bett Comex att förtydliga

detta istället för att diskvalificera Comex anbud. En sådan begäran om förtydligande hade inte stått i strid mot LOU.

I anbudsutvärderingen av Fibersystems anbud har FMV angivit en tvetydighet vid "Behov av extra låda". I följebrev från FMV anges att den låda som avses inte är U1-materiel och inte kravställs från FMV samt att ingen tvetydighet därför föreligger ur ett utvärderingsperspektiv. Behovet av en extra låda antyder att Fibersystems anbud inte uppfyller de krav som ställs. Om så är fallet skulle det strida mot LOU att anta anbudet.

Position 5, 6 och 11

FMV har i anbudsutvärderingen angett att Comex i denna del uppfyller samtliga skall-krav (liksom kravet på leveranstid). FMV har vidare noterat att Comex har ett lägre pris än Fibersystems anbud. Comex måste rätteligen tilldelas upphandlingen avseende position 6. I anbudsinfordran 3.3 anges att FMV har rätt att anta anbudet i sin helhet eller endast i vissa delar enligt närmare angivna direktiv. De delar som enligt anbudsinfordran kan antas var för sig är:

- Position 1 inklusive Position 6;
- Position 2 inklusive Position 8;
- Position 3 inklusive Position 9;
- Position 4 inklusive Position 10;
- Position 5 inklusive Position 11;
- Position 7; och
- Position 12.

För det fall dessa föreskrifter ska anses innebära att FMV är förhindrat att tilldela Comex upphandlingen avseende position 6 om någon annan leverantör tilldelas upphandlingen enligt position 1 menar Comex att ett sådant

krav inte bör tillåtas, då det inte finns något skäl till varför de 305 U1-klienter som avses med optionen i position 6 måste köpas in från samma leverantör som de 38 U1-klienter som avses i position 1.

FMV har i en fotnot invid position 5 och 11 i anbudsutvärderingen angivit att "Av kompatibilitetsskäl måste USB-minnet köpas från samma leverantör som U1-klienten. U1-klienten och USB-minne RÖS-mäts ihopkopplade". Det finns inget skäl till varför de USB-minnen som avses i position 5 och 11 skulle behöva köpas från samma leverantör som tilldelas upphandlingen av U1-klienten. Något sådant krav på samband framgår inte heller i anbudsinfordran. Av anbudsinfordran följer istället under punkten 3.3 att kontrakt kan komma att träffas med olika leverantörer avseende olika delar och som sådana anges position 5 och 11.

Om upphandlingen skulle göras om för position 5, 6 och 11 skulle den nya upphandlingen endast syfta till att utse samma leverantör som för position 1. I sådana fall skulle endast en anbudsgivare vara kvalificerad och positionerna 5, 6 och 11 skulle inte alls bli föremål för någon konkurrensutsättning utan helt enkelt tillfalla den anbudsgivare som tilldelats position 1. Anbudsgivarnas anbud i förevarande upphandling utgick inte från FMV:s nu påstådda förutsättning att samma anbudsgivare som tilldelas position 1 även skulle tilldelas positionerna 5, 6 och 11. Då ett sådant tidigare uttalat samband mellan dessa positioner skulle vara av stor vikt för utformningen av anbudet, skulle anbudet, om ett sådant samband fanns, ha utformats ifrån felaktiga förutsättningar. I förevarande upphandling har FMV självt i sin anbudsutvärdering konstaterat att Comex anbud för position 5, 6 och 11 både uppfyller ställda krav och har det lägsta priset, förstår Comex FMV:s inställning som att en ny upphandling endast skulle syfta till att tilldela Fibersystem upphandlingen av position 5, 6 och 11. En sådan ny upphandling skulle därför utgöra ett uppenbart kringgående av såväl upphandlingslagstiftningen som grunderna för tilldelningsbeslut såsom dessa angivits i

anbudsinfordran. Om den ena leverantören fick reda på vilket eller vilka USB-minnen som den andra leverantören mätt in tillsammans med sin skärmklient kan även den första leverantören köpa in och leverera exakt samma USB-minne för användning med den andra leverantörens skärmklient. Om det mot förmodan inte skulle gå att få tag i de USB-minnen som ursprungligen mätts in med endera leverantörs skärmklient kan ett nytt USB-minne utan problem mätas in till skärmklienten ifråga. Kostnaden för en sådan eventuell ny RÖS-inmätning är i sammanhanget av mindre betydelse.

FMV yrkar att Comex ansökan om rättelse och att göra om upphandlingen avseende position 1 lämnas utan bifall samt medger bifall till yrkandet att upphandlingen ska göras om avseende positionerna 5, 6 och 11. FMV yrkar även att det intermistiska beslutet som länsrätten har fattat ska upphävas i samtliga delar. Till stöd för sin talan anför FMV i huvudsak följande.

Position 1 och 6

FMV har uppställt tydligt krav på att optiskt DVI utgör en del av beställningen. Vad Comex anfört i sitt anbud beträffande optiskt DVI gäller även leveranstiden. Comex har därvid anfört att ”om tillägget optiskt DVI väljs, kan leveranstiden förskjutas med 16–20 veckor, beroende på den av Försvarsmakten utpekade leverantörens leveranskapacitet.” FMV har uppfattat Comex anbud på så vis att Comex inte kan uppfylla skall-krav vad gäller leveranstidpunkt enligt Anbudsinfordran enligt 4.1 som inte medger någon förskjutelse av leveranstidpunkten. Eftersom Comex utförligt redogjort för sin kapacitet vad gäller förmåga att uppfylla den uppställda leveranstidpunkten förelåg det inte skäl att ställa någon förtydligande fråga. Att Comex på annat ställe i anbudet angett att Comex uppfyller samtliga ställda krav har FMV uppfattat som att Comex anser att Comex i övrigt uppfyller

ställda krav i den mån Comex själv inte valt att göra uttryckliga klargöranden beträffande bedömd möjlighet att uppfylla skall-krav.

FMV bestrider att Comex inte fått del av underlag från FMV som Comex gjort gällande. Vidare är det MUST som har de tekniska specifikationerna. FMV innehar inte dessa. Comex har således möjlighet att vända sig till MUST med begäran om att få del av det underlag som berör kravstandard avseende DVI-kort.

Vad gäller frågan om kravställningen är proportionerligt och i övrigt utformad med gällande regler, särskilt vad det gäller optiskt DVI som Comex haft synpunkter på, har FMV som utgångspunkt att rätta sig efter vad MUST har uttryckt gentemot FMV. MUST är utpekad instans för att både kravställa och verifieringsmäta denna typ av materiel för alla myndigheter inom Forsvarsdepartementets verksamhetsområde och är också den myndighet som använder denna typ av materiel mest. MUST besitter därför mycket goda kunskaper och erfarenheter och har till följd därav även tillräcklig kapacitet för att kunna ställa erforderliga krav. Att FMV ställt de krav på anbudsgivare som enligt MUST kan krävas kan enligt FMV:s uppfattning inte anses medföra att kraven som ställts skulle vara oproportionerliga. MUST har som kravställande relativt omfattande möjligheter att uttrycka de krav som MUST på sakliga grunder bedömer att det finns behov av. MUST och FMV har tidigare haft dialog om att vissa lagkrav måste tillgodoses när en upphandling av det här slaget genomförs och det var den insikten som låg till grund för detta ramavtal och senare den föreliggande beställningen togs fram. Det finns endast en instans för verifieringsmätning och det är MUST vilket Comex känner till.

Vad gäller uppgiven tvetydighet för behov av extra låda i FMV:s utvärderingstabell föreligger även denna tvetydighet även för Comex del med som p.g.a. förbiseende av FMV inte skrevs in i FMV:s utvärderingsprotokoll.

För det fall länsrätten finner att det förekommer fel eller brister i upphandlingen avseende position 1 gör FMV gällande att dessa brister är av mindre betydelse och måste accepteras mot bakgrund av Regeringsrättens dom (RÅ 2002 ref. 50). I Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007, mål nr 6302-06, uttalar kammarrätten att de krav som ställs på upphandlande myndighet kan ”inte innebära att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering – och vars frånvaro skulle ha kunnat medföra att anbudsgivaren gett sitt anbud ett annat innehåll – utgör grund för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU (16 kap. 2 § nya lagen, FMV:s anm.). En sådan ordning skulle snabbt få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen”.

Comex har angett optiskt DVI som tillägg med en leveranstid på ytterligare 16–20 veckor vilket medförde att Comex inte uppfyllde ställda skall-skrav i sin helhet. Såsom Comex anbud är utformat vidhåller FMV att FMV haft fog för uppfattningen att osäkerheten i leverans omfattade både position 1 och 6.

Position 5, 6 och 11

Det framgår inte uttryckligen av anbudsinfordran att FMV kommer att välja samma leverantör för position 5, 6 och 11 som för position 1 såsom FMV har behov av. Eftersom det framkommit att det finns behov av att omformulera förfrågningsunderlag m.m. från FMV:s sida i upphandlingen föreligger skäl för att göra om upphandlingen för positionerna 5, 6 och 11. Dessa krav kan inte tillgodoses inom ramen för en rättelse för de olika positionerna.

FMV har p.g.a. skrivfel angett att Comex uppfyller ställda krav avseende bl.a. position 6. Eftersom Comex inte har optiskt DVI-gränssnitt som stan-

dard, utan enligt sitt anbud erbjuder det som ett tillägg anser inte FMV att Comex uppfyller ställda skall-krav för vare sig position 1 eller 6.

Comex bestrider att FMV har behov av att utse samma leverantör för samtliga positioner. FMV bestrider att så skulle vara fallet. FMV har i egenskap av upphandlande myndighet långtgående rätt att bestämma vilka krav som får ställas i en upphandling så länge kraven inte otillbörligt gynnar viss leverantör. FMV delar uppfattningen att inmätningen av USB-minnen normalt sker mot leverantörers produkter (dvs. skärmklient). FMV har i anbudsinfordran klargjort att kostnader för inmätningen ska ingå.

DOMSKÄL

Aktuella bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. § 2 LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 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.

Utredningen i målet

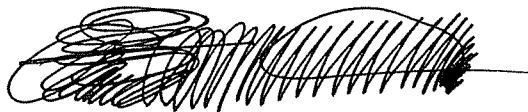
I FMV:s anbudsutvärdering punkt 1 anges bl.a. följande. Position 5 och 11 måste av kompatibilitetsskäl köpas från samma leverantör som U1-klienten. U1-klienten och USB-minne RÖS-mäts ihopkopplade.

FMV har i målet hos länsrätten uppgett att det inte av anbudsinfordran uttryckligen framgår att FMV kommer att välja samma leverantör för position 5, 6 och 11 som för position 1 och att kraven inte kan tillgodoses inom ramen för rättelse för de olika positionerna.

Länsrättens bedömning

Comex har inte tilldelats upphandlingskontrakt avseende position 1, 5, 6 och 11 och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på visst sätt. FMV har vitsordat att de vid anbudsutvärderingen har tagit hänsyn till krav som inte framgått tydligt av anbudsinfordran samt medger att upphandlingen avseende position 5, 6 och 11 görs om. Mot bakgrund av otydligheten i anbudsinfordran föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till det samband som uppges finnas mellan position 1 och de övriga nu aktuella positionerna bör även den först nämnda omfattas av ingripandet enligt LOU. Bristen i upphandlingen kan inte anses vara av mindre betydelse. Med beaktande av att den aktuella bristen hänför sig till upphandlingens underlag kan det inte uteslutas att anbudsgivare i upphandlingen hade utformat sina anbud annorlunda om bristen inte hade förelegat. Vid sådana förhållanden är rättelse av upphandlingen inte är möjlig. Upphandlingen ska därför göras om avseende position 1, 5, 6 och 11.

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



Kurt Björk
Rådman

Föredragande har varit Kerstin Burman.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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.