

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009 -03- 27

Meddelad i
Linköping

Mål nr
717-09 E
Rotel 1

Åsa Kock

KONKURRENSVERKET	
2009 -03- 31	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

MSE Weibull AB, 556344-5039
Box 42
343 21 Älmhult

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
Hamilton Advokatbyrå Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö

MOTPART

Statens väg och transportforskningsinstitut, 202100-0704
581 95 Linköping

SAKEN

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

Statens väg och transportforskningsinstitut (VTI) har genomfört en offentlig upphandling av rörelsesystem (dnr 2008/0445-25). VTI beslutade den 26 februari 2009 att inte tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet eftersom inget av anbuden bedömdes uppfylla de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven.

MSE Weibull AB (MSE) ansöker nu om överprövning av upphandlingen enligt 16 kap. 2 § LOU och yrkar att länsrätten förordnar om att rättelse ska vidtas på så sätt att MSE:s anbud inte förkastas samt att VTI:s beslut att avbryta upphandlingen ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan gör MSE gällande att VTI felaktigt valt att avbryta upphandlingen och därmed inte tilldela upphandlingskontrakt. Beslutet baseras på den felaktiga grunden att ingen av anbudsgivarna uppfyller ställda skall-krav. MSE:s anbud uppfyller samtliga skall-krav. MSE:s anbud skulle därför ha antagits eftersom MSE lämnat det enda anbud som uppfyller samtliga skall-krav. En offentlig upphandling får endast avbrytas om sakliga skäl föreligger. Om sådana sakliga skäl inte föreligger strider det mot LOU och gemenskapsrättsliga

Dok.Id 75173

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

regler att avbryta upphandlingen. Eftersom MSE:s anbud uppfyller samtliga skall-krav saknar VTI sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. VTI äger inte heller rätt att övergå till förhandlad upphandling. En upphandlande myndighet äger inte rätt att övergå till förhandlad upphandling efter det att samma myndighet förklarat att ingendera av de två anbudsgivarna ska tilldelas upphandlingskontrakt. För det fall att VTI ändå genomför en förhandlad upphandling med anbudsgivare kommer det i så fall att bli fråga om en otillåten direktupphandling. – MSE har drabbats av skada eller kan komma att drabbas av skada. MSE hade i det fall VTI inte valt att förkasta MSE:s anbud erhållit upphandlingskontraktet. Därmed har MSE lidit skada med anledning av VTI:s beslut.

VTI motsätter sig bifall till MSE:s yrkande och yrkar att länsrätten ska lämna samtliga MSE:s yrkanden utan bifall.

Länsrätten har genom beslut den 12 mars 2009 avslagit MSE:s interimistiska yrkande.

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.

Enligt 4 kap. 5 § 1 får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2008 ref. 35 uttalat att det av praxis följer att ett beslut om avbrytande av en upphandling ska kunna överprövas av domstol. Beslutet att avbryta upphandlingen ska vila på sakligt godtagbara skäl. Regeringsrätten konstaterar att någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande ännu inte har utbildats.

Av förfrågningsunderlaget 8.3 framgår bl.a. följande krav. "Drawings, diagrams, calculations, and technical description showing and explaining the conceptual design of the proposed system *must* present the conceptual design in sufficient detail to permit VTI to evaluate the adequacy of the design to meet the specified requirements. It is very important that the tenderer is able to prove fulfillment of the requirements within the scope of reasonable technical complexity, and long-term reliability and robustness of the system".

Av skall-krav nr 27 I förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. "The above specifications in this requirement must be reachable independent of the position and orientation of the hexapod as long as it is within its working range as defined in next section".

Parternas argumentation

MSE: VTI annonserade den 22 december 2008 sin avsikt att upphandla rörelseplattform. Upphandlingen genomfördes såsom öppen upphandling.

I förfrågningsunderlaget angavs att VTI kommer att anta det anbud som uppfyller angivna skall-krav och som lämnat det lägsta priset. Med priset avses utrustningen plus garanti, leverans, montage och en uppskattad underhållskostnad för en 10-årsperiod (punkt 7.3). I förfrågningsunderlaget angavs också en rad bör-krav. Dessa krav skulle endast ha betydelse för det fall att två anbud, som båda uppfyllde samtliga skall-krav, lämnade samma pris. Den 30 februari 2009 besökte representanter för MSE VTI i Linköping för att presentera företagen, studera befintliga utrustningar och för att skaffa sig en övergripande bild av den kravprofil VTI hade. VTI meddelade både före och under besöket att man inte hade någon möjlighet att diskutera den aktuella upphandlingen eller dess specifikation. Några förtydliganden gjordes dock bl.a. avseende den tekniska specifikationen. VTI förklarade att den efterfrågade produkten bestod av två huvuddelar, en linjär enhet och en hexapod. I förfrågningsunderlaget var dessa krav ställda var och en för sig. På särskild fråga fick MSE svaret att specifikationen skulle läsas på så sätt att kraven inte var adderande annat än vad gällde så som det var beskrivet i texten, dvs. att linjärsystemets prestanda skulle uppfyllas oberoende av hexapodens position och orientering inom arbetsområdet. Vidare framkom i samtal med ledande representant för VTI att man inte var ”intresserad av att göra affärer med små företag med stora utvecklingskostnader”. MSE inkom med sitt anbud inom anbudstiden. MSE erhöll den 27 februari 2009 VTI:s beslut med bifogade utvärderings-PM. Av utvärderings-PM framgick att totalt två anbudsgivare inkommit med anbud och att dessa båda anbudsgivare uppfyllde samtliga formella krav och krav på anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget. Vidare angavs att ingetdera av anbuderna uppfyllde samtliga ställda skall-krav. Av punkt 6 i promemorian framgick vilka skall-krav VTI ansåg att MSE inte uppfyllde. Motsvarande uppgifter om den andre anbudsgivaren framgick inte. På MSE:s förfrågan uppgav VTI att det fanns två utvärderings-PM, ett för vardera anbudsgivare. De skall-krav som VTI ansåg att den andre anbudsgivaren inte uppfyllt redovisades aldrig till MSE utan enligt uppgift

endast till den andre anbudsgivaren i ett separat PM. MSE har efterfrågat motsvarande PM avseende den andra anbudsgivaren. VTI har vägrat lämna ut denna handling under förevändning att upphandlingen fortfarande pågår och att promemorian därmed omfattas av sekretess. Av det PM som skickades till MSE framgick att VTI ansåg att MSE:s anbud inte uppfyllde två skall-krav. Dels påstods MSE:s anbud inte uppfylla angivet skall-krav i punkt 8.3 i förfrågningsunderlaget, dels påstods MSE:s anbud inte uppfylla angivet skall-krav nr 27 i förfrågningsunderlaget.

MSE kontaktade VTI den 27 februari 2009 och bad om ett förtydligande av beslutet från samma dag. Den 2 mars 2009 hölls en telefonkonferens mellan parterna. Vid telefonmötet förklarade VTI att myndigheten inte alls avslutat upphandlingen utan nu övergick till förhandlad upphandling. Hurvida förhandlad upphandling skulle ske med båda anbudsgivarna kunde VTI:s representanter inte svara på. VTI bad att få återkomma i den delen. Vidare framkom att VTI upprättat två utvärderings-PM, en till vardera anbudsgivare, samt att VTI vägrade att ange vem den andre anbudsgivaren var eller vilka skall-krav denne anbudsgivares anbud inte uppfyllt. Vid telefonmötet fördes diskussioner kring de två skall-krav VTI ansåg att MSE inte uppfyllde. Enligt MSE framkom det tydligt vid telefonmötet att vid bedömningen av om MSE:s anbud uppfyllde de två skall-kraven hade VTI avvikit från de två skall-kraven ordalydelse och vägt in ett stort antal andra faktorer, faktorer som inte nämndes under respektive skall-krav i förfrågningsunderlaget.

VTI:s bedömning av MSE:s anbud utifrån ställt skall-krav i punkt 8.3 kan sammanfattas enligt följande. (a) Ingen av de av VTI framförda invändningarna har någon koppling eller samband till det i förfrågningsunderlaget angivna skall-kravet. De krav som VTI anger i sitt utvärderings-PM såsom skäl för att anse att MSE:s anbud inte uppfyller skall-kravet, är tillkommande och framgår inte av förfrågningsunderlaget. (b) VTI anger i sitt eget

utvärderings-PM att myndigheten behandlar anbuden efter olika kriterier. Anbudsgivare med erfarenhet behöver inte uppfylla angivna skall-krav i lika stor omfattning som anbudsgivare utan, i vart fall enligt VTI:s uppfattning, erfarenhet. (c) I ett flertal fall gör VTI egna spekulationer helt utan underbyggnad och utan stöd i angivet skall-krav. (d) Inte i något fall har VTI visat någon form av beräkningar eller annat underlag som underbygger ståndpunkten att MSE:s anbud inte uppfyller skall-kravet.

VTI:s bedömning av MSE:s anbud utifrån ställt skall-krav i krav 27 kan sammanfattas enligt följande. (a) Till stöd för att MSE:s anbud inte skulle uppfylla ställt skall-krav framför VTI helt nya krav som inte följer av skall-kravet ordalydelse i förfrågningsunderlaget. De krav som VTI väger in i skall-kravet innebär en fundamental ändring av alla förutsättningar för hela den konstruktion som omfattas av upphandlingen. (b) Vid det ovan beskrivna telefonmötet medger VTI att kraven inte kan adderas, d.v.s. att MSE:s tolkning av skall-kravet är korrekt.

Enligt LOU ska en offentlig upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska beaktas. Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Ställda krav i förfrågningsunderlaget får sålunda inte ändras under upphandlingen och den upphandlande enheten får inte heller pröva anbud mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlag eller annons. VTI har brutit mot denna princip genom att lägga in helt nya krav och be-

dömningar i de två aktuella skall-kraven än vad som framgår av förfrågningsunderlaget.

VTI: Upphandlingen om rörelsesystem genomfördes som ett öppet förfarande och sista dag att inkomma med anbud var den 16 februari 2009. Efter sista anbudsdag hade två anbud inkommit till VTI. Vid prövningen av anbuderna framkom att inget av anbuderna uppfyllde ställda skall-krav. VTI beslutade därmed den 26 februari 2009 att inte tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet. Skälen till varför respektive anbudsgivare förkastades, redovisades i separat upphandlingspromemoria som bifogades beslutet. VTI uppfattar det som att MSE:s ansökan om överprövning gäller dels huruvida anbudet från MSE uppfyller samtliga ställda skall-krav, dels huruvida beslutet om att avbryta upphandlingen är grundat på sakliga skäl. Vad gäller skaderekvisitet har MSE inte på något sätt lidit skada och heller aldrig riskerat att lida skada eftersom VTI har haft saklig grund för att avbryta upphandlingen oavsett om anbudet från MSE uppfyllt samtliga skall-krav eller inte. VTI gör den tekniska bedömningen i rollen som internationell auktoritet på området. VTI har mer än trettio års erfarenhet av fordonssimulatorer med avancerade rörelsesystem och har under denna tid legat i den tekniska utvecklingsfronten. Rörelsesystemet är en väsentlig del i kör-simulatorn. Rörelsesystemet har långtgående direkt effekt på den färdiga kör-simulatorns prestanda/egenskaper. Valet av rörelsesystem påverkar också den övergripande konstruktionen och utformningen av lokalerna. Om det visar sig att valt rörelsesystem inte fungerar skulle det innebära stora extrakostnader att gå tillbaka och välja ett annat system. Detta innebär att det måste ställas utom allt tvivel att det rörelsesystem som väljs kommer att fungera i det sammanhang som det ska användas. Mot bakgrund av detta har VTI uppställt det skall-krav som anges i 8.3. Syftet med det skall-kravet är att anbudsgivaren i sitt anbud måste ge ett så komplett underlag att den föreslagna konstruktionen vid en bedömning kan anses uppfylla grundläggande tekniska krav och normala krav på tillförlitlighet

och robusthet. Anbudet från MSE innebär ett förslag som på flera punkter väcker viktiga men obesvarade frågor kring den grundläggande tekniska funktionen. Även om det i vissa fall inte kan uteslutas att konstruktionen på sådana områden uppfyller ställda krav, är det på samma sätt inte heller möjligt för VTI att göra bedömningen att så är fallet. På grund av detta kan inte anbudet från MSE på något sätt anses uppfylla det grundläggande skall-kravet på teknisk dokumentation/beskrivning. Detta kan illustreras med några exempel.

MSE:s anbuds tekniska del fokuserar bl.a. på att beskriva konstruktionens styvhet. Beskrivningen visar att systemet är så pass flexibelt att det har egenfrekvenser i det aktuella arbetsområdet för körsimulatorens MSE konstaterar själva i anbudet denna brist men konstaterar vidare, utan närmare förklaring, att detta är fullt acceptabelt. VTI menar istället att det kan vara en allvarlig konstruktionssvaghet och att det måste förklaras och göras troligt att specificerade prestanda- och robustkraven trots allt kan uppfyllas. Någon sådan förklaring eller information finns inte i MSE:s anbud.

Det föreslagna rörelsesystemet kan uppfattas som bestående av två olika delar; ett xy-bord för rörelser i xy-planet och en hexapod som används för att luta plattformen vid långvariga accelerationer men även för att generera effekter av vägojämnheter. Utmaningen för konstruktören ligger i att integrera dessa två system med varandra. I MSE:s anbud redovisas prestanda och egenskaper för varje delsystem separat (som om de inte vore hopmonterade). VTI menar att detta är otillräckligt och inte ger en tillräcklig beskrivning av den sammansatta konstruktionen. För att kunna utvärdera uppfyllandet av ställda krav måste den tekniska beskrivningen redogöra för systemen då de är monterade enligt den tänkta systemlösningen. Vid telefonmöte den 2 mars 2009 mellan VTI och MSE bekräftar MSE att prestanda som angivits för hexapoden gäller då den monterats på ett styvt betong-

golv. Således saknas helt beräkningar för systemet som en helhet eftersom det monterats så som föreslagits i den tekniska beskrivningen.

I den föreslagna konstruktionen används standardkomponenter från flera olika leverantörer. För många sådana komponenter ställer tillverkaren krav på hur delar ska monteras och på vilket sätt de t ex kan belastas vid användning. VTI menar att den föreslagna konstruktionen innebär montering och användning av komponenter som står i strid med tillverkarens instruktioner. Det kan inte uteslutas att detta i särskilda fall kan vara tillåtet men detta måste på viktiga punkter dokumenteras i anbudet.

Sammanfattningsvis är anbudet från MSE behäftat med sådana allvarliga brister och på flera punkter i avsaknad av väsentlig information för att VTI ska kunna göra en adekvat bedömning av uppfyllelse av ett flertal andra skall-krav. Detta innebär dels att det grundläggande skall-kravet på dokumentation (förfrågningsunderlaget 8.3) inte på något sätt kan anses uppfyllt, dels att ett flertal andra skall-krav inte kan verifieras. Dessa brister är av sådan allvarlig och ingripande karaktär att de mot bakgrund av de övergripande principerna för LOU inte hade varit möjliga att läka utan risk för särbehandling.

Vad gäller VTI:s beslut om att avbryta upphandlingen anför VTI bl.a. följande. Vid prövningen av anbuden konstaterade VTI att ingen av de två inkomna anbuderna uppfyllde samtliga ställda skall-krav. VTI blev därmed nödgad att avbryta upphandlingen då inga lämpliga anbud kvarstod. I sammanhanget förtjänar att poängteras att oavsett om anbudet från MSE uppfyller samtliga skall-krav eller inte har VTI haft saklig grund för att avbryta upphandlingen. Den omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår utgör enligt både praxis från EG-domstolen och svensk rätt ett godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Någon risk för skada föreligger därmed inte och en prövning av huruvida anbudet från MSE

uppfyller samtliga ställda skall-krav eller inte blir tämligen akademisk i sammanhanget. Mot bakgrund av den omständigheten att inga lämpliga anbud har lämnats i upphandlingen, har VTI rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Sammanfattningsvis vidhåller VTI att anbudet från MSE inte uppfyller ställda skall-krav samt att VTI har saklig grund för att avbryta upphandlingen oavsett om länsrätten finner att anbudet från MSE uppfyller ställda krav. VTI har i upphandlingen följt sitt förfrågningsunderlag och i övrigt agerat korrekt och i enlighet med de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna. Eftersom en förutsättning för att en domstol vid prövning av sakfrågan ska kunna fatta beslut om ingripande enligt LOU är att den leverantör som begär överprövning har lidit skada, alternativt riskerat att lida skada, saknas härmed grund för ingripande.

MSE har av länsrätten beretts tillfälle att yttra sig över VTI:s svaromål men har inte hörts av.

Länsrätten gör följande bedömning.

VTI har genomfört en offentlig upphandling av rörelsesystem och hade vid utgången av tiden för att inkomma med anbud, erhållit två sådana. VTI beslutade den 26 februari 2009 att inte tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet. Av skriftväxlingen i länsrätten framgår att VTI har avbrutit aktuell upphandling och övergått till upphandling med förhandlat förfarande. Grunden för att avbryta upphandlingen uppges vara att ingen av de två inkomna anbuden uppfyllde samtliga ställda skall-krav. Länsrätten har därmed att pröva huruvida VTI:s beslut att avbryta upphandlingen vilar på en saklig grund. Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling har ännu inte utbildats.

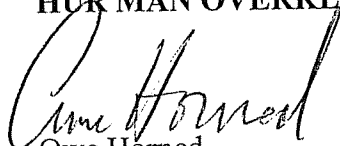
Av 8.3 i förfrågningsunderlaget framgår ett av VTI:s skall-krav. Kravet syftar till att anbudsgivaren genom bl.a. tekniska beskrivningar ska redogöra för den konceptuella lösningen så pass detaljerat att VTI kan utvärdera lösningens adekvathet. MSE:s anbud är i vissa avseenden oklara vad gäller beskrivning av den sammansatta konstruktionen samt VTI har därmed haft fog för att inte tilldela MSE kontraktet om rörelsesystem.

Länsrätten finner därmed att VTI har haft saklig grund för att avbryta aktuell upphandling. Med hänsyn till detta och då det inte heller i övrigt framkommit att VTI har åsidosatt gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling ska MSE:s ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen avslås. Vid denna utgång i målet finner länsrätten inte skäl att pröva av MSE i övrigt anförda grunder.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning av Statens väg och transportforskningsintituts beslut att avbryta upphandlingen avseende rörelsesystem (dnr 2008/0445-25).

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


Owe Horned



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 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.