



SÖKANDE

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

MOTPART

Värnamo kommun
331 83 Värnamo

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -09- 1 0 →	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Värnamo kommun genomför en upphandling, förenklat förfarande, avseende digitala informationsskyltar utmed E4:an. Grund för tilldelning av kontrakt är lägst pris. Genom tilldelningsbeslut fastställdes att avtal ska tecknas med Ledventure Media och Teknik AB (Ledventure). LEDtec International AB (LEDtec) placerades på andra plats och Focus Electronic AB på tredje plats (Focus) vid utvärderingen. Noxab i Malmö AB (bolaget) placerades på fjärde plats. Bolaget har därefter ansökt om överprövning.

Även LEDtec har ansökt om överprövning av upphandlingen. LEDtecs ansökan har prövats i dom denna dag i mål nr 1587-15.

Dok.Id 167759

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att de anbudsgivare som inte uppfyller samtliga ska-krav ska uteslutas från upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Betraktningvinklar

Alla tre anbudsgivare som placerades före bolaget vid utvärderingen har offererat skyltar som är bestyckade med Nichia-dioder av modell 346KS. I det till anbudet bifogade databladet för nämnda dioder, finns en graf för respektive färg (R-G-B). I graferna kan man mycket tydligt utläsa den använda diodens betraktningvinkel vid 50 % ljusstyrka. Graferna för respektive färg visar: Röd: 105°/47° Grön 105°/56° Blå 107°/56°. Graferna visar med all önskvärd tydlighet att kravet på minst 110°horisontellt och minst 60° vertikalt inte är uppfyllt. Bolaget mejlade en direkt fråga till Nichia Europé. Frågan gällde vilka värden på dioderna som är de rätta vid en jämförelse av de översiktliga värdena man hittar på Internet eller Nichias officiella datablad. Svaret var att databladens värde gäller. Bolaget vet vikten av att uppfylla samtliga ska-krav. Detta är enda anledningen till att bolaget avstod från att erbjuda 346KS.

Kommunen säger att man valt att gå på de uppgifter som diodtillverkarna har angett för sin respektive produkt istället för att tolka diagram. Detta har naturligtvis kommunen gjort eftersom det tjänar deras syften bra. Som lekman är det lätt att tro att bara för att man hittar ett dokument på Internet så är det med automatik rätt siffror. Så är tyvärr inte fallet. Mycket är

skönmålade och friserade siffror. Lägg märke till att alla vinklar i alla bilagor är avrundade uppåt till, i bästa fall, närmaste femtal. Tittar man på en översikt på modell 346 KS på Nichias officiella hemsida finner man värdet $110^\circ/60^\circ$ på betraktningvinklar för alla tre diodfärger. Dessa vinklar ska ses som riktvärde, och är inte de verkliga värdena för dioderna. Det är skillnad på internetuppgifter och datablad. Databladens uppgifter är de riktiga. Kommunen har själv i kravspecifikationen begärt att diodernas datablad skall bifogas anbuden. Då är det naturligtvis uppgifterna i dessa datablad som gäller. Likabehandlingsprincipen har satts ur spel när kommunen på eget initiativ valt en jämförelsemodell som är i strid med de egna kraven, enbart för att anbudsgivare med lägst pris skulle vinna, oavsett om ska-kraven var uppfyllda eller inte.

Genomsnittlig ljusstyrka

Tabeller från Nichias datablad visar även att ljusstyrkorna inte är uppfyllda för någon av diodfärgerna. Kraven enligt förfrågningsunderlaget för röd diod är minst 1600 mcd. Sammanlagt snittvärde för röd diod $(V+U/2) = 1558$ mcd. Kraven för grön diod är minst 3400 mcd. Sammanlagt snittvärde för grön diod $(V+U/2) = 3350$ mcd. Kravet för blå diod är minst 750 mcd. Sammanlagt snittvärde för blå diod $(U+T/2) = 713$ mcd. Ska-kravet är därmed inte uppfyllt.

Det är de genomsnittliga värdena på ljusstyrka som ska gälla. Trots detta väljer kommunen att istället använda sig av typvärden i utvärderingen. Typvärde har inget som helst med ett genomsnittsvärde på ljusstyrkor för de olika kvalitetsgrupperna (bin/rank) att göra. Typvärdet är istället baserat på den vanligaste och mest tillverkade (bin/rank) i respektive tillverkares produktionslinje. Det finns inte något naturligt förhållande mellan snitt- och typvärde. När det gäller att räkna ut ett medelvärde menar bolaget att det inte är matematiskt korrekt att räkna ett medelvärde svepande över

samtliga bin-grupper. Men eftersom Cree gör det i sina datablad, får man väl acceptera att göra detsamma i Nichias dito.

Skade-rekvisitet

Av de anbud som gick vidare till slutlig utvärdering är det endast bolagets anbud som uppfyllt samtliga ska-krav. Hade Focus, LEDtec och Ledventures anbud rätteligen förkastats hade bolaget haft det vinnande anbudet. Bolaget har därmed lidit skada.

Kommunen

Betraktningvinklar

För att säkerställa diodernas kvalitet som anbudsgivarna har i sin tekniska lösning har kommunen valt att gå efter de uppgifter som diodtillverkarna har angett för sin respektive produkt istället för att tolka diagram. Detta gäller för alla anbudsgivares dioder.

Offererade dioder från Ledventure, LEDtec, Focus och Noxab har i utvärderingsprocessen efter kontroll direkt med diodtillverkaren godkänts av kommunen. Kommunen utgår från att de värden som uppges av tillverkaren stämmer.

Det stämmer inte att kommunen har justerat kraven för att kunna acceptera anbud med lägst pris. Det förekom andra anbud i upphandlingen som hade lägre pris än det anbud som antogs men som inte uppfyllde de krav som ställts.

Sökanden hävdar att tillverkaren redovisar ”ungefärliga värden som i samtliga fall är avrundade uppåt till närmaste fem- eller tiotal” samt ”att det i databladen aldrig finns några betraktningvinklar i skrift”. Detta stämmer inte, vissa tillverkare redovisar sin diods betraktningvinkel i sina produktblad, dock inte Cree och Nichia i detta fall. De värden som förekommer är

t.ex. 103 vilket motsäger sökandens påstående att ”samtliga fall är avrundade till närmaste fem- eller tiotal”.

Genomsnittlig ljusstyrka

Sökanden har valt att räkna ut ett genomsnitt av ett genomsnitt vilket inte ger ett rättvist värde. Detta värde ändras beroende på hur tillverkaren valt att dela in sina dioder utan att ljusstyrkan på dioden ändras. Kommunen menar att det korrekta sättet att få fram ett medelvärde är genom att ta högsta och minsta värde och dividera med två. Vissa leverantörer redovisar ett typvärde vilket är mer exakt än ett framräknat, genomsnittligt värde. Typvärdet anger den genomsnittliga lysförmågan hos en diod i en leverans vilket kan vara högre än det genomsnittliga värdet mellan den svagaste och starkaste dioden eftersom en leverans kan innehålla mer ljusstarka dioder än ljussvaga. Där leverantörer har angett ett typvärde har kommunen använt sig av det, eftersom det ger ett mer exakt genomsnittligt värde för dioden.

Syftet med kravet i specifikationen har varit att få en diod som lyser tillräckligt starkt för att tillgodose kommunens krav. Kommunen anser att den valda dioden gör det genom att redovisa ett typvärde som överstiger det ställda kravet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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. 6 § LOU framgår 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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget (Teknisk beskrivning) sägs bl.a. följande.

2.3

Betraktningvinklar för den använda dioden vid 50 % ljusstyrka skall vara minst 110° horisontellt och minst 60° vertikalt.

2.4

Lysdioderna skall minst ha följande genomsnittliga ljusvärden vid 20 mA:

Röd diod 1.600 mcd

Grön diod 3.400 mcd

Blå diod 750 mcd

Lysdiodernas exakta typbeteckning och datablad ska bifogas anbudet. Med genomsnittligt ljusvärde avses det genomsnittliga värdet för produkten, inte för enskilda batcher eller biner inom produkten.

Förvaltningsrättens bedömning

Betraktningvinklar

Inledningsvis noteras att det framkommit av utredningen i målet att några konkreta siffror rörande betraktningvinklar för Nichias dioder inte funnits i databladet. Kommunen har därför erhållit uppgifter rörande detta direkt från tillverkaren. Enligt förvaltningsrättens mening torde en upphandlande myndighet som utgångspunkt kunna fästa tilltro till att de uppgifter som lämnas av en utomstående tillverkare är korrekta. Bolaget har gjort gäl-

lande att de uppgifter som kommunen fått från tillverkaren inte stämmer. Förvaltningsrätten anser att när det är fråga om påståenden som till sin natur är sådana att det inte går att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det den sökande leverantörens ansvar att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden om att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga krav.

Bolaget har som stöd i denna del hänvisat till tre olika svårtolkade grafer från Nichias datablad. De siffror som angetts och de slutsatser som dragits av graferna är baserade på bolagets egna mätningar utan några förtydligande förklaringar. Noteras bör även att det i medföljande datablad över graferna anges att de egenskaper som visas inte är garanterade. Några övriga handlingar som uttryckligen klargör vilka siffror som ska beaktas finns inte. Sammantaget anser förvaltningsrätten att det enbart utifrån den information och de bevis som bolaget åberopat inte går att avgöra att informationen tillverkaren lämnat inte skulle vara tillförlitlig. Förvaltningsrätten har i bedömningen även beaktat åberopad mejlkonversation med en tjänsteman vid Nichia Europé. Bolaget har därmed inte visat att kommunen förfarit felaktigt vid utvärderingen av anbuden i denna del. Kommunen kan således inte anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen på denna grund.

Genomsnittlig ljusstyrka

Vid överprövning av offentliga upphandlingar måste förvaltningsrätten utgå ifrån att den upphandlande myndigheten själv har bästa förutsättningar att utvärdera anbuden. Den upphandlande myndigheten måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att frågan om hur det genomsnittliga värdet ska räknas fram inte är tydliggjort i förfrågningsunderlaget. Såvitt framgår har kommunen använt sig av typvärde i det fall det varit möjligt att använda och i andra fall använt sig av medelvärde. I de fall medelvärdet har använts har det beräknats på samma sätt för alla anbudsgivare. Kommunen har således utvärderat alla anbud på ett likartat sätt. Förvaltningsrätten anser inte att ett sådant förfarande är i strid med förfrågningsunderlaget. Kommunens bedömning, att anbudet motsvarar de tekniska kraven framstår därmed, även med beaktande av vad bolaget anfört, inte som felaktig. Mot bakgrund härav kan inte bolaget, mot kommunens bestridande, anses ha visat att kommunen agerat i strid med förfrågningsunderlaget när det gäller utvärdering av genomsnittlig ljusstyrka.

Sammanfattning

Vid angivna förhållanden visar inte det som bolaget anfört att kommunen genom den gjorda anbudsprövningen åsidosatt likabehandlingsprincipen enligt LOU eller de övriga grundläggande principerna på ett sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Annette Spjuth

Föredragande har varit Nina Melander.



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.

