



KLAGANDE
Preagera AB, 556710-3360
Jägersrovägen 160
212 37 Malmö

2010 -10- 05

Ans	
Dnr	
Doss	Arbbl

Ombud: Bolagsjuristen Robert Ågren
Preagera AB
Jägersrovägen 160
212 37 Malmö

MOTPART
Malmö stad
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 29 april 2010 i mål nr 3704-10, se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår yrkandet om att kammarrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket och förhandsavgörande från EU-domstolen.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att aktuell upphandling ska göras om.

Det interimistiska beslutet den 5 maj 2010 upphör härmed att gälla.

KONKURRENSVERKET
Dok.Id 163731 FÖR KAMMARRÄTTEN

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
Telefax
031-732 76 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:40

YRKANDEN M.M.

Preagera AB (bolaget) yrkar i första hand att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återvisar målet till förvaltningsrätten för prövning i sak och i andra hand att kammarrätten tar upp målet för prövning i sak och beslutar att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget att kammarrätten inhämtar yttrande från Konkurrensverket rörande i vilken utsträckning en anbudsgivare, när denne finns i ett annat led av tillverknings- och distributionskedjan, missgynnas genom att varor av specifikt fabrikat och modell efterfrågas i en upphandling. Bolaget hemställer även om att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen rörande hur skaderekvisitet ska tolkas i förevarande fall. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Malmö stad (kommunen) har åsidosatt reglerna i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna för öppenhet, likabehandling och transparens. Detta har inneburit att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. När det gäller frågan om det är oförenligt med LOU att i annonsen eller i förfrågningsunderlaget inte ange tid, plats och datum för anbudsöppningen tycks förvaltningsrätten mena att eftersom bolaget har lämnat ett anbud som har utvärderats har bolaget inte kunnat påvisa att det lidit någon skada. Detta går emot kammarrättspraxis som tydligt anger att skaderekvisitet inte endast omfattar ekonomisk skada. EU-domstolens praxis kan vidare endast tolkas så att om en anbudsgivare förvägras insyn i upphandlingsprocessen är detta i sig en skada, eftersom denne inte kan tillvarata sina intressen i upphandlingen. Det är själva bristen på transparens som orsakar skada genom att bolaget förvägras erforderlig insyn. Bolaget har uppenbarligen lidit skada, eller riskerat att lida skada, av att bolaget i detta fall inte har kunnat kontrollera att upphandlingsförfarandet har varit opartiskt. Bolaget har inte kunnat framställa någon begäran till kommunen om att en person utsedd av handelskammaren skulle närvara vid anbudsöppningen eftersom kommunen inte har lämnat någon information om anbudsöppningen. Kommunen har genom att utelämna obligatorisk information i annonseringen

hindrat bolaget att få insyn i anbudsprocessen, och kommunen har därmed brutit mot principerna om öppenhet och transparens. När det gäller frågan om utvärderingskriterierna varit otydliga och huruvida kriteriet användarvänlighet av interaktiva skrivtavlor har utvärderats bristfälligt menar förvaltningsrätten att bolaget har erhållit högsta poäng och därmed inte kan anses ha lidit någon skada. Detta går också emot tidigare kammarrättspraxis. Bolaget kan ha lidit skada av att andra anbudsgivare också har erhållit högsta poäng. Staden har undvikit att utvärdera kriteriet användarvänlighet av interaktiva skrivtavlor överhuvudtaget genom att nollställa alla anbud. Det är bolagets anbuds förhållande till övriga leverantörer som är relevant, inte att bolaget i absolut bemärkelse har fått högsta utvärderingspoäng. När det gäller frågan om stadens krav på att offerera specifika projektmodeller strider mot 6 kap. 4 § LOU tycks förvaltningsrätten mena att eftersom bolaget har offererat de modeller som kommunen efterfrågat har bolaget inte visat på skada. Det verkar utifrån förvaltningsrättens domskäl som att bolaget måste påvisa en ekonomisk skada för att vara behörig att överpröva i det här avseendet. Det finns skäl att pröva frågan om den typen av diskriminerande villkor som 6 kap. 4 § LOU är avsedd att reglera kan sträcka sig även till återförsäljare, eller om de endast är applicerbara i de fall då tillverkaren direkt själv lämnar anbud. Ett krav på en specifik produkt eller modell måste per definition vara diskriminerande. Det är sannolikt att bolagets anbud hade sett annorlunda ut om upphandlingen hade utförts i enlighet med LOU's regler rörande tekniska specifikationer. Bolaget har hindrats från att lämna ett anbud efter bästa förmåga utifrån de leverantörsrelationer bolaget har arbetat upp avseende inköspriser, riskbedömningar, leveranser och reklamationer men också avseende produkternas komplexitet med tanke på de i upphandlingen efterfrågade installationerna och utbildningarna. Bolaget representerar ett antal tillverkare genom att saluföra utvalda projektmodeller. Tillverkarna har missgynnats genom att deras produkter inte har tillåtit delta i upphandlingen och bolaget har missgynnats såsom återförsäljare av dessa fabrikat och modeller. Bolaget har genom den aktuella konkurrensbegränsningen hindrats från att delta med sin fulla konkurrensmässiga

potential och från att använda hela sitt nätverk av leverantörsrelationer för att åstadkomma ett konkurrenskraftigt anbud. Ett öppet förfarande som utnyttjar hela konkurrenssituationen på marknaden för projektorer skulle resultera i en större spridning vad gäller pris på inkomna anbud. Bolaget påverkas negativt av att tvingas till att leverera specifika produkter eftersom bolaget inte själv har möjlighet att reglera och minimera de affärsrisker som ingår i leveransen av projektorer. Det finns gott om produkter på marknaden som bör vara likvärdiga med de projektorer som angivits i förfrågningsunderlaget. Kommunen har begränsat konkurrensen genom att inte tillåta alla tillverkare delta i upphandlingen på lika villkor. Detta är ett brott mot lika behandlingsprincipen samt principen om ickediskriminering. Det skulle vidare strida mot rättsmedelsdirektivets syfte att begränsa talan på det sätt som förvaltningsrätten gör genom sin dom. Syftet med rättsmedlen är att upprätthålla de grundläggande principerna om bl.a. fri konkurrens, ickediskriminering och därtill hörande insyn i upphandlingsprocessen. Överprövningsinstitutet är det enda rättsmedlet som står till buds när det gäller att vidmakthålla dessa principer. Syftet med skaderekvisitet får antas vara grundat i en önskan att avgränsa talerätten i domstol till leverantörer som har en koppling till upphandlingen och som på något sätt är berörda av de felaktigheter i förfarandet som talan avser. Skaderekvisitet ska rimligen tolkas så att när en av de grundläggande principerna har överträtts lider en leverantör skada om denna påverkas av överträdelsen, eller hindras att fullgöra sina grundläggande rättigheter under upphandlingsprocessen. Skaderekvisitet borde ses som en undantagsregel som blir tillämplig först när part inte har ett berättigat intresse av upphandlingen som sådan. Undantaget borde tillämpas med restriktivitet. Att bolaget har ett berättigat intresse av upphandlingen torde vara uppenbart. Invändningarna görs mot förhållanden som är kopplade till förfrågningsunderlaget som sådant. Tidpunkten för skada ska därför placeras innan utvärderingen är genomförd av kommunen. Skaderekvisitet ska inte kopplas till utvärderingsprocessen eller resultatet därav.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. När det gäller frågan hur anbudsöppningen ska genomföras framgår detta av LOU's regler. LOU uppställer inte några krav på att plats, datum och tid för anbudsöppningen ska redovisas i annons eller i förfrågningsunderlag. Samtliga aktörer och leverantörer på marknaden har, genom publicering av den specifika annonsen avseende upphandlingen, erhållit identisk information. Informationen avseende anbudsöppning som redovisats i den aktuella annonsen har innehållsmässigt varit i enlighet med principerna om transparens, likabehandling och ickediskriminering. Vid annonsering via en annonseringsdatabas finns möjligheten att genom en elektronisk blankett fylla i s.k. icke-obligatorisk information. Redovisningen av plats, datum och tid för anbudsöppning via den elektroniska blanketten är ett exempel på icke-obligatorisk information. När anbudsgivare framställer begäran ska en av handelskammaren utsedd person närvara under anbudsöppningen. Bolaget har inte framställt någon sådan begäran till kommunen och följaktligen inte utnyttjat möjligheten till att få insyn i samband med förrättningen. Bolaget har inte ifrågasatt genomförandet av den aktuella anbudsöppningen och inte framfört att felaktigheter skulle ha förekommit i samband med anbudsöppningen. Bolaget har därmed inte lidit någon skada i detta avseende. Den marknadsundersökning som kommunen gjort innan upphandlingen började kan inte ses som någon särbehandling av leverantörer. När det gäller utvärderingsmodellen framgår det av LOU och rättspraxis att anbud inte ska ställas mot varandra. Anbud ska prövas och utvärderas utifrån ställda krav och utvärderingskriterier som anges genom det aktuella förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig beskrivning av vad som anses vara av vikt och vad som bedöms. Det skriftliga underlaget som lämnats genom respektive anbud har utvärderats. Varje produkt har bedömts efter hur beskrivningen i anbudet svarar mot uppställda skall-krav. Det är endast då anbudsutvärderingen avslutats som respektive anbuds totala poängsumma jämförs med övriga anbuds totala poängsummor. Samtliga produkter som efterfrågats genom förfrågningsunderlaget har tidigare inhandlats av kommunen och används dagligen i olika verksamheter inom ett flertal för-

valtningar. Kommunen anser att handläggningen av upphandlingen uppfyller samtliga krav enligt LOU och tillkommen rättspraxis. Förfarandet att efterfråga fem olika angivna projektormodeller i förfrågningsunderlaget, utan att orden "eller likvärdigt" tillförts, medför inte att återförsäljare gynnas eller missgynnas. Det framgår av anbudsutvärderingen. Prisutvärderingen visar att erbjudna prisnivåer avseende offererade projektorer är mycket lika i förhållande till olika fabrikat. Bolaget skulle inte kunna erhålla kontrakt även om det skänkte bort samtliga projektorer och bolaget kan därför inte anses ha lidit någon skada av den anledningen. Kommunen har under förberedelseskedet kontrollerat att efterfrågade modeller avseende projektorer skulle finnas tillgängliga för alla återförsäljare inom den specifika marknaden. Projektorer är en typ av produkt vars tillgång på marknaden är fri för återförsäljare. Det är möjligt för återförsäljare att offerera de av kommunen efterfrågade produkterna trots att deras relationer och samarbetsavtal med distributörer på marknaden kan vara skiftande. Fyra av de fem efterfrågade fabrikaten är sinsemellan totalt likvärdiga. Av den anledningen har kommunen beslutat att fyra, i stället för en projektormodell, ska köpas och användas av kommunens beställare. För den femte efterfrågade projektormodellen med angivet fabrikat (Hitachi) finns ingen likvärdig eller motsvarande projektor tillgänglig på den specifika produktmarknaden. Syftet med förfarandet har varit att undgå s.k. offertprodukter samt prisdumpning av offererade projektorer.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner inte skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten och tar därför upp målet till prövning i sak.

Den huvudsakliga frågan som kammarrätten har att ta ställning till i målet är om kommunen genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga projektormodeller med angivande av fabrikat och modellbeteckning har

brutit mot 6 kap. 4 § LOU och den gemenskapsrättsliga principen om icke-diskriminering.

Kommunen har i sitt förfrågningsunderlag under rubriken ”Steg 3 Utvärdering”, ”Pris”, efterfrågat fem till fabrikat och modellbeteckning angivna projektormodeller, som anbudsgivarna ska offerera och prissätta.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.


Kammarrätten gör följande bedömning.

Kammarrätten anser att kommunen genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga projektormodeller av speciellt fabrikat och modellbeteckning som anbudsgivarna ska offerera och prissätta har gjort en hänvisning till varumärke som regleras i 6 kap. 4 § LOU. Sådana begränsningar får en upphandlande myndighet göra så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Enligt kammarrättens mening är det dock svårt att tänka sig en situation när ett krav på ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Bolaget har anfört att om inte kravet på specifika modeller hade uppställts i den aktuella upphandlingen hade det kunnat offerera andra likvärdiga projektormodeller från de tillverkare som bolaget redan har samarbete med till ett bättre pris än vad bolaget nu tvingades göra. Enligt kammarrättens mening har bolaget gjort sannolikt att det finns en risk att bolaget har missgynnats genom kommunens förfarande. Kammarrätten anser inte heller att projektorer är föremål som inte är möjliga att beskriva tillräckligt preciserat och begripligt,

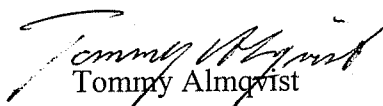
utan att hänvisa till exakta modeller av visst varumärke. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandling tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till t.ex. visst varumärke ska vara tillåtet. En sådan uppgift måste i vilket fall följas av orden ”eller likvärdigt”, vilket det inte har gjort i den aktuella upphandlingen.

Mot denna bakgrund finner kammarrätten att kommunen genom att uppställa krav på att anbudsgivarna ska offerera och ange pris på vissa angivna projektmodeller har agerat i strid mot reglerna i LOU och den gemenskrätsliga principen om icke-diskriminering. Bolaget har genom detta agerande riskerat att lida skada. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna komma ifråga är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. I förevarande fall strider uppställda krav i förfrågningsunderlaget mot LOU och därmed finns det inte utrymme att göra en annan bedömning än att upphandlingen ska göras om. Med hänsyn till denna utgång finner kammarrätten inte anledning att pröva även de övriga av bolaget åberopade grunderna, eller att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket. Överklagandet ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Lisbeth Edlund

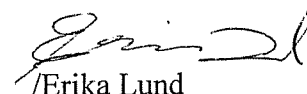


Tommy Almqvist



Lennart Befglund

referent



Erika Lund



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2010-04-29
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3704-10 E

Sida 1 (12)

BILAGA A

SÖKANDE

Preagera AB, 556710-3360
Jägersrovägen 160
212 37 Malmö

Ombud: Robert Ågren
Adress som ovan

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår såväl Preagera AB:s yrkande om inhämtande av yttrande i målet från Konkurrensverket som bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU.

Dok.Id 4096

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag - fredag
203 20 Malmö		E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se		08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2010-04-29

Sida 2
3704-10 E

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Malmö stad genomför en upphandling avseende AV-utrustning, skrivtavlor och interaktiva skrivtavlor inklusive installationstjänster. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 4 januari 2010 har Malmö stad antagit AB Tabula som leverantör.

Yrkanden

Preagera AB (Preagera) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att denna ska göras om samt att det interimistiskt förordnas att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Preagera yrkar även att förvaltningsrätten inhämtar yttrande i målet från Konkurrensverket.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan.

Rättens tidigare beslut i målet

Rätten har i beslut den 19 januari 2010 uttalat att Preageras yrkande om interimistiskt förordnande inte föranleder någon åtgärd. Som skäl härför angavs att rätten på talan av annan leverantör, genom beslut den 13 januari 2010 i det målet (Länsrättens i Skåne län mål nr 287-10; numera Förvaltningsrättens i Malmö mål nr 3569-10), redan förordnat att Malmö stad inte får avsluta den aktuella upphandlingen innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL**Relevanta 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 6 kap. 4 § LOU följer att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Av andra stycket följer att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

I 9 kap. 7 § andra stycket LOU anges att försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning, som ska bestyr-

kas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av handelskammare utsedd person närvara.

Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget

I bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, kravspecifikation och prissättning, anges under rubriken *Steg 3 Utvärdering* att följande utvärderingskriterier och viktning kommer att tillämpas:

- Pris 40-50 %
- Användarvänlighet av interaktiv skrivtavla 20-30 %
- Samarbete/arbetssätt 20-30 %

Frågan om det är oförenligt med LOU att i annonsen eller i förfrågningsunderlaget inte ange tid, plats och datum för anbudsöppning

Parternas argumentering

Preagera: I meddelandet om upphandling har angetts att anbudsgivare inte får delta i anbudsöppningen. Detta strider i sig inte mot LOU men EG-domstolen har i mål C-359/93 (Kommissionen mot Nederländerna) uttalat att information om tid, plats och datum för anbudsöppnande är obligatorisk information. En anbudsgivare har emellertid en lagstadgad rätt att skicka en representant från handelskammaren för att närvara vid anbudsöppningen. Preagera hade inte gärna kunnat sända en begäran till handelskammaren utan att få ta del av när anbudsöppningen skulle ske. Det ligger inte på leverantören att ställa frågor för att klargöra sådana brister. Inte minst då det kan förhålla sig som så att önskan om att skicka en representant till anbudsöppning kan uppstå efter den tidsperiod då kompletteringar och förfrågningar är möjliga samt efter anbudets inlämnande men innan anbudsöppningen. Ett förtydligande vid en sådan tidpunkt skulle dessutom leda till att principen om likabehandling överskreds. Genom att underlåta att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2010 -04- 2 9

Sida 5
3704-10 E

lämna sådan information har Malmö stad brutit mot principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering och därmed undanhållit Preagera rätten att säkerställa att anbudsöppnandet har skett på ett korrekt sätt.

Malmö stad: Anbudsöppningen har varken kommenterats i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Av 9 kap. 7 § LOU framgår inte att plats och tid för anbudsöppnande ska anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Malmö stad annonserar via Allego AB:s annonseringsdatabas och det finns då möjlighet att fylla i s.k. icke-obligatorisk information. Om svarsfältet inte fylls i ser svarsfältet blankt och tomt ut. När Allego vidareänder annonsen till databasen sker en konvertering som medför att ett blankt och icke ifyllt svarsfält under rubriken anbudsöppning tolkas som "nej". Svaret "nej" utgör inget relevant svar på frågan "Personer som får närvara vid öppnandet av anbudet". Om Preagera har tolkat detta svar som att någon representant från handelskammaren inte skulle ges möjlighet att delta i anbudsöppningen är det en felaktig tolkning. Den korrekta tolkningen borde ha varit att personer som kommer att närvara vid anbudsöppningen inte har redovisats av den upphandlande myndigheten. Även om datum, tidpunkt och plats för anbudsöppning skulle ha publicerats genom den aktuella annonsen hade Preagera behövt informera Malmö stad om att en representant från handelskammaren skulle närvara under anbudsöppningen. Någon sådan begäran har inte framställts av Preagera. Den information som redovisats i upphandlingen avseende anbudsöppning har varit förenlig med LOU och principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Förvaltningsrättens bedömning

Preagera har i aktuell upphandling lämnat ett anbud som har utvärderats. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrätten har Preagera inte förmått visa att man har lidit eller kan komma att lida

skada genom att datum, tidpunkt och plats för anbudsöppning inte har angetts i annonsen. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva Preageras invändningar vad gäller om Malmö stad har åsidosatt principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering.

Frågan om Malmö stads krav på att offerera specifika projektmodeller strider mot 6 kap. 4 § LOU

Parternas argumentering

Preagera: Malmö stad har i förfrågningsunderlaget begärt att vissa specifika modeller från vissa specifika tillverkare av projektorer ska offereras samt har vid förtydligande kommunikation angett att inga övriga modeller eller tillverkare accepteras. Detta strider mot kravet på fri konkurrens och hindrar varors fria rörlighet på den gemensamma marknaden. Tekniska specifikationer får inte innehålla uppgifter om varumärke. I 6 kap. 4 § LOU anges att en referens till bl.a. specifika varumärken inte är tillåtet annat än i undantagsfall. Avsteg från huvudregeln kan endast göras om det inte går att definiera upphandlingsföremålet på annat sätt än genom att ange ett specifikt varumärke. Även om projektorer inte kan beskrivas på annat sätt än genom angivande av fabrikat och modell ska de åtföljas av benämningen "eller likvärdigt". Projektorer har dock gott om standardiserade specifikationer för att beskriva prestanda såsom för ljudnivå, ljusstyrka, bildupplösning, kontrast etc. Det finns därmed ingen anledning att göra avsteg från huvudregeln i LOU. Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU måste tolkas i ljuset av principen om varors fria rörlighet. De flesta andra upphandlande enheter har funnit det möjligt att definiera projektorer i form av funktions- och prestandakrav. Genom att hindra importflödet på den gemensamma marknaden och genom att hindra fabrikat som Preagera är återförsäljare för från att delta i upphandlingen har Malmö stad inte behandlat anbudsgivarna lika. Malmö stad har således diskriminerat vissa fabrikat

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2010-04-29

Sida 7
3704-10 E

och dessa fabrikats återförsäljare till fördel för andra fabrikat. Detta har åsamkat Preagera skada.

Huvudregeln på den svenska marknaden är att det endast finns en distributör för respektive tillverkare. Även om undantag finns faller de flesta av de efterfrågade fabrikaten under denna regel. Det ankommer på Malmö stad att ställa krav på de produkter som man har för avsikt att köpa in men detta kan inte göras på bekostnad av att vissa fabrikat utesluts till fördel för andra. Detta oavsett återförsäljarens vertikala position på marknaden. Förfarandet strider mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen. I och med att Preagera har hindrats från att använda hela projektormarknadens potential har man hindrats från att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet.

Malmö stad har gjort gällande att man kan komma att köpa in projektorer av andra modeller än de som har angivits i förfrågningsunderlaget. Det måste emellertid förutsättas att en övervägande del av inköpen görs efter de modeller som anges i förfrågningsunderlaget. I annat fall skulle utvärderingen inte vara ägnad åt att utreda vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Malmö stad: Upphandlingen är riktad mot återförsäljare och inte tillverkare. Marknaden i den aktuella upphandlingen är en specifik återförsäljarmarknad som har möjlighet att erbjuda och sälja efterfrågade produkter. De av Malmö stad angivna fabrikaten representerar fem inom marknaden vanligt förekommande produkter. Samtliga återförsäljare har tillgång till på marknaden förekommande fabrikat. Denna förutsättning medför att potentiella anbudsgivare varken missgynnas eller gynnas. Däremot har ett företag som tillverkar någon av de efterfrågade produkterna inte möjlighet att vid en och samma upphandling erbjuda den bredd av produkter och därtill relaterade tjänster som efterfrågas. Samtliga anbudsgivare har offererat

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2010-04-29

Sida 8
3704-10 E

efterfrågade fabrikat. De små skillnader i pris som finns i anbuden hänför sig till hur väl respektive återförsäljare tecknar avtal med samarbetspartners eller vilka påslag samarbetspartnern tillämpar. För Malmö stad är detta ett utmärkt sätt att utvärdera en återförsäljares erbjudande och samtidigt uppnå det ekonomiskt bästa anbudet. Dessutom undviks den numera allt vanligare situationen att leverantörer offererar undermålig kvalitet till lågt pris vilket medför en diskussion avseende produkters likvärdighet.

Projektörerna som angivits i förfrågningsunderlaget kommer inte att kunna köpas under hela avtalstiden eftersom livstiden på den typen av produkter inte är så lång. Därför har Malmö stad i förfrågningsunderlaget angivit att det krävs ett bra samarbete med vald leverantör så att nya likvärdiga produkter kan tas fram under avtalstiden. Det är inte enbart de märkesangivna projektörerna som kommer att köpas under avtalstiden. Övriga tillverkares produkter utesluts endast i utvärderingen eftersom det finns krav på att denna ska vara förutsebar och transparent samt att den ska definiera vad som kommer att utvärderas. Under avtalstiden kommer således även produkter från andra tillverkare att köpas och användas.

Förvaltningsrättens bedömning

Preagera har offererat de i förfrågningsunderlaget efterfrågade projektörerna. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Trots att Preagera anser att man hindrats från att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet anser förvaltningsrätten att Preagera inte förmått visa att man lidit eller kan komma att lida skada genom att Malmö stad har efterfrågat specifika projektörer. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva om Malmö stads agerande strider mot LOU.

Frågan om utvärderingskriterierna är otydliga och huruvida kriteriet användarvänlighet av interaktiv skrivtavla har utvärderats bristfälligt

Parternas argumentering

Preagera: Malmö stad har formulerat utvärderingskriterierna på ett otydligt och övergripande sätt. Genom att endast ange att *leverantör ska ange tillräcklig information så att följande punkter kan bedömas* har det inte efterfrågats tillräckligt med information för att kunna utvärdera efter de ställda utvärderingskriterierna. Användarvänlighet kan inte utvärderas baserat på utdrag från manualer, utan kräver rimligtvis en demonstration av produkterna. Detta då manualer, terminologi och beskrivningar skiljer sig åt mellan olika tillverkare, vilket omöjliggör för Malmö stad att göra en rättvis bedömning. Det faktum att samtliga anbudsgivare har rankats exakt lika är ett bevis på att någon utvärdering i själva verket inte har skett. Det ligger i sakens natur att system från fyra – fem olika leverantörer, med olika teknik och olika tillhörande mjukvara, inte kan ha exakt samma användarvänlighet. Det har inte gått att utröna vad Malmö stad avser att lägga till grund vid utvärderingen, varför det inte finns någon förutsägbarhet i upphandlingsprocessen. Det går inte att i förväg avgöra vilka produkter som är bäst lämpade för upphandlingen och vad en anbudsgivare ska erbjuda för produkter i sitt anbud. Genom att formulera otydliga utvärderingskriterier och genom den bristfälliga utvärderingen har Malmö stad brutit mot kravet på transparens och förutsägbarhet. Möten som har inletts med leverantörer innan anbudsförfarandet får inte ligga till grund vid utvärderingen. Malmö stad har angett att sådana möten har legat till grund för utvärderingen. Genom att använda sig av möten som har skett utanför regelverket finns det ingen möjlighet för potentiella leverantörer att bedöma huruvida principerna om likabehandling och icke-diskriminering har åtföljts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1DOM
2010-04-29

Malmö stad: I förfrågningsunderlaget framgår exakt vad som bedöms. En beskrivning av punkterna/underkriterierna och en inbördes viktning mellan de olika underkriterierna finns redovisad. Förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig beskrivning av vad som anses vara av vikt och vad som bedöms. Samtliga offererade tavlor har bedömts utifrån den beskrivning som respektive anbudsgivare har redovisat i sitt anbud och efter hur produkten svarar mot ställda krav. Genom att utvärderingen sker i enlighet med förfrågningsunderlagets redovisning undviks all form av risk för godtycklighet. Samtliga anbudsgivare har på ett mycket tydligt sätt svarat upp mot de krav som ställts. Det framgår av LOU och av rättspraxis att anbud inte ska ställas mot varandra. Tavlorna har således inte ställts mot varandra utan varje tavla har utvärderats efter hur väl den uppfyller beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

Under inledningsskedet av varje upphandling genomförs en marknadsundersökning vars syfte är att granska och framför allt att inhämta information och kunskap om den specifika marknaden. Under detta skede har Malmö stad haft möten med olika aktörer på den specifika marknaden, bland annat Preagera, och på så sätt fått en demonstration av olika interaktiva skrivtavlor. En demonstration av skrivtavlor i samband med utvärderingen har inte ansetts bidra med något i samband med utvärderingen och därför har det beslutats att demonstration vid utvärderingen inte ska tillämpas. Samtliga produkter som efterfrågas har tidigare inhandlats av Malmö stad och används dagligen i olika verksamheter. Utan en marknadsundersökning skulle en upphandling som denna inte vara möjlig att genomföra. Marknadsundersökningen har inte i något avseende påverkat själva utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utvärderingsprotokollet framgår att samtliga anbudsgivare har erhållit 5 poäng, dvs. högsta poäng, avseende kriteriet användarvänlighet av interaktiv skrivtavla. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Preagera, som har erhållit högsta möjliga poäng avseende det aktuella utvärderingskriteriet, har enligt förvaltningsrättens förmenande inte förmått visa att man lidit eller kan komma att lida skada på grund härav. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva Preageras invändningar vad gäller frågan om Malmö stad har åsidosatt de grundläggande principerna.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att Preagera inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på sådant sätt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Mot bakgrund av det anförda finns det inte skäl för ingripande enligt LOU. Preageras ansökan härom ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

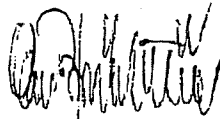
Förvaltningsrätten har genom dom denna dag i mål nr 3569-10 avslagit även den i det målet gjorda ansökan om ingripande enligt LOU, vilket innebär att rättsens interimistiska beslut från den 13 januari 2010 upphört att gälla och att en ny tiodagarsfrist börjat löpa. Detta innebär i sin tur att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2010-04-29

Sida 12
3704-10 E

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



Ola Brändström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

