



SÖKANDE

Caperio AB, 556583-4875
Box 11105
161 11 Bromma

Ombud: Advokat Göran Antonsson och
Jur.kand. Sara Yng
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-02-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Lidköpings kommun
531 88 Lidköping
2. Skara kommun
532 88 Skara
3. Götene kommun
533 80 Götene
4. Essunga kommun
465 82 Nossebro
5. Grästorps kommun
467 80 Grästorp
6. Vara kommun
534 81 Vara
7. Götene Vatten & Värme AB, 556383-3143
533 80 Götene
8. AB Götenebostäder, 556089-4197
533-80-Götene
9. AB Bostäder i Lidköping, 556040-9848
Box 2204
531 02 Lidköping
10. Centumbostäder i Skara AB, 556445-9237
532 88 Skara

Dok.Id 281149

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
-

E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

11. Lidköpings Näringslivsfastigheter AB, 556097-0120
Skaragatan 8
531 32 Lidköping

12. Västergötlands museum, 556122-4519
Fabriksgatan 4
513 30 Lidköping

13. Formakademin, 556122-4519
Fabriksgatan 4
531 30 Lidköping

14. Destinationsbolaget Läckö Kinnekulle, 556440-4332
Nya Stadens Torg Gamla Rådhuset
531 31 Lidköping

15. Essunga Bostäder AB, 556526-4826
465 82 Nossebro

16. Näringsrådhuset Skara, 556093-2856
Stortorget 4
532 30 Skara

17. Vara Konserthus, 556872-7704
Allégatan 45
534 31 Vara

18. VaraNet AB, 556872-7696
Stora Torget 8
534 31 Vara

19. Lidköpings Energi AB, 556188-7125
Sjöhagsgatan 8
531 40 Lidköping

20. Vara Bostäder AB, 556440-4803
Badhusgatan 24
534 81 Vara

21. Vara Industrifastigheter AB, 556095-1443
Badhusgatan 24
534 50 Vara

22. Göliska IT
Fiskaregatan 4
531 30 Lidköping

Ombud för 1 - 22: Henric Björkholm
Lidköpings kommun
531 32 Lidköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Caperio AB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Göliska IT (Göliska) är ett fristående kommunalförbund som ägs av de sex kommunerna Götene, Essinge, Lidköping, Skara, Grästorp och Vara. Göliska genomför en upphandling av datorer med produktnära tillbehör och tjänster, dnr. 2018-66. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande och tilldelningsgrund är lägsta pris. Tilldelningsbeslut av den 19 oktober 2018 anger att Caperio AB (Caperio) inte kvalificerats till anbudsutvärdering. Ett annat företag tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Caperio ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering med beaktande av Caperios anbud sker. I andra hand yrkar Caperio att upphandlingen ska göras om.

Göliska anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Caperio

Deras anbud uppfyller samtliga skakrav men har felaktigt uteslutits. Utvärderingen skulle rätteligen ha skett med beaktande av deras anbud och då de hade lägsta pris borde bolaget ha antagits som leverantör. Upphandlingen har genomförts så att den strider mot kraven på likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet, dvs. i strid med flera av de grundläggande principerna i 4 kap 1 § LOU. Caperio har lidit, eller kan komma att lida skada av förfarandet.

I ett förtydligande av orsaken till att bolaget uteslutits svarar Göliska att den Apple TV som offererats inte är av senaste modell. Men så som förfrågningsunderlaget är utformat träffas, enligt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget endast bärbara datorer och surfplattor av kravet på senaste modell och inte övriga offererade produkter. En ändring av kravet till att omfatta även Apple TV hade krävt att anbudsgivarna tydligt informerats om ändringen. Det publika svaret i fråga 9 var inte tillräckligt tydligt i fråga om att ett skakrav kommit att ändras. Förfrågningsunderlaget brister därmed i transparens. Därmed bör kravet i 1.3.1 inte anses ha ändrats till att omfatta även Apple TV.

Den andra av de totalt fyra anbudsgivarna som inte gick vidare till utvärderingen uteslöts också på grund av att den inte heller uppfyllde kravet i 1.3.1 med den ändring som Göliska påstår har skett.

För det fall förvaltningsrätten anser att skakravet har ändrats till att omfatta även Apple TV, uppfyller den Apple TV som offererats av Caperio även det ändrade kravet. Under alla omständigheter är alltså den Apple TV som offererats i upphandlingen både av ”senaste aktuell modell från tillverkaren” och ”av tillverkarens senaste release”. Vad som efterfrågats i förfrågningsun-

derlagets 1.3.11 är en Apple TV. Denna produkt ska inte blandas ihop med Apple TV 4K som är en annan produkt som tillhandahålls parallellt med Apple TV. Båda de senaste modellerna av respektive produkt lanserades samtidigt under 2017 och vid anbudstillfället tillhandahölls fortfarande dessa versioner av produkterna. I det fall Göliska velat upphandla Apple TV 4K har de alltså haft möjlighet att ange detta i förfrågningsunderlaget. Caperio har offererat Apple TV med artikelnummer MR912HY/A. Det är den senaste modellen och releasen av Apple TV.

Caperios anbud uppfyller samtliga krav – oavsett utgången av förvaltningsrättens bedömning av om kravet i avsnitt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget med giltig verkan ändrats till att omfatta Apple TV-produkterna – och skulle således rätteligen utvärderats. Rättelse ska därför ske i enlighet med Caperios förstahandsyrkande.

För det fall förvaltningsrätten anser att en ändring skett av aktuellt skakrav och att Caperio inte uppfyller nämnda krav gör bolaget gällande att tiden att inkomma med anbud borde ha förlängts. Ändringen som skett genom Frågor och svar publik fråga 9 är att se som väsentlig och gjord i upphandlingens absoluta slutskede, då den publicerades den 21 september 2018 med sista anbudsdag den 27 september 2018. Då sista dag för att ställa frågor var den 20 september 2018 har Caperio inte haft någon möjlighet att ställa någon kompletterande fråga eller anpassa sitt utbud efter det nya skakravet. Om väsentliga förändringar görs i upphandlingsdokumentet ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas, se 11 kap. 8 § andra punkten LOU. Frågor och svar är upphandlingsdokument.

Om förvaltningsrätten anser att en rättelse i enlighet med Caperios yrkande i första hand skulle innebära en risk för att anbuden från andra anbudsgivare inte behandlas enligt de grundläggande principerna och att de riskerar att lida skada ska upphandlingen göras om.

Gölska

Upphandlingen uppfyller gällande regelverk och iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Av förfrågningsunderlaget framgår att kontrakt tilldelas den leverantör som uppfyller samtliga ställda krav efter utvärderingsfasen och har lägst pris på efterfrågad varukorg. I underlaget uppmanas anbudsgivare att kontrollera om nya uppgifter har tillkommit innan anbud lämnas. Frågan som ställdes den 20 september 2018 gällde vilken modell av Apple TV som efterfrågades. Frågan besvarades med att kraven i punkt 1.3.1 gäller även Apple TV. Detta medförde en ändring på så vis att produkten skulle vara av senaste modell. Samtliga ändringar och förtydliganden blir del av förfrågningsunderlaget. Kravet medförde inte en betydande svårighet för intresserade anbudsgivare i branschen och sex dagar innebar att de hade tid på sig att justera sina anbud. Det är ytterst tveksamt om en sådan ändring skulle påverka viljan att lämna anbud hos potentiella anbudsgivare.

Resonemanget om två olika modeller av Apple TV är irrelevant då det är givet att det kan finnas flera modeller av en produkt ute på marknaden under samma tidsperiod. Ställt krav om senaste modell och release av Apple TV betyder de facto att det är Apple TV 4K som efterfrågas. Denna modell stödjer en upplösning om 2160 pixlar, vilket blev en ändring av ställt krav under annonseringstiden.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att upphandlingsdokumenten ska vara formulerade på ett klart och tydligt sätt samt innehålla alla krav som ställs i upphandlingen. EU-domstolen har uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt, se bl.a. EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 42.

Av 11 kap. 8 § LOU framgår att tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Upphandlingsdokumenten

Av förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.1 Generella krav på Bärbar 1-4 samt Surfplatta 1-5, framgår att ”samtliga produkter som offereras ska vara av senaste aktuell modell från tillverkaren. Operativsystem i offererade produkter ska vara av tillverkarens senaste release.”

Enligt förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.11 Apple TV, ska produkten som efterfrågas bl.a. ha en upplösning om 1080 pixlar och en lagringskapacitet om 32 gigabyte.

Under Frågor och svar, Publik fråga 9, ställdes följande fråga. 1.3.11 Apple TV. Den angivna tekniska specifikation avser produkt som inte är av senaste

aktuella modell från tillverkaren. Är det korrekt uppfattat att den tekniska specifikationen skall ändras avseende exempelvis upplösning 2160 p för att möta kravet i punkt 1.3.1 ”Samtliga produkter som offereras ska vara av senaste aktuell modell från tillverkaren”?

Göliskas svar löd som följer. Ja, då tillverkaren med jämna mellanrum uppdaterar sina produkter avser kravställning senaste version av efterfrågad produkt. Detta oavsett vad som står i kravspecifikationen eftersom tillverkarens produktuppdateringar kan inträffa under anbudstiden.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Göliska har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen genom att utesluta Caperios anbud på grund av att det inte skulle ha uppfyllt samtliga skakrav och om detta i så fall medfört att Caperio lidit eller kan komma att lida skada.

Det som är tvistigt i målet är dels vilken modell av Apple TV som efterfrågas, dels om den tid anbudsgivarna haft på sig att eventuellt justera sina anbud efter Göliskas korrigerings avseende denna produkt borde ha förlängts.

I LOU saknas beträffande upphandlingsdokument såväl detaljerade regler i fråga om utformning som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering. En åtgärd som innebär att upphandlingsdokumenten ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Vid den bedömningen får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i dokumentet benämnt förfrågningsunderlag inte uppställts något krav på senaste aktuella modell från tillverkaren

beträffande Apple TV. Då Frågor och svar utgör en del av upphandlingsdokumentet, vilket är ostridigt i målet, gäller de nya krav som eventuellt uppställs där som obligatoriska krav i upphandlingen. Enligt svar på publik fråga 9 ska kraven ändras så att den produkt som avses i fråga om Apple TV har en upplösning om 2160 pixlar och även i övrigt motsvarar den senaste versionen av produkten. En ändring av kravet beträffande Apple TV till att avse senaste version har således gjorts. Caperio har gjort gällande att ändringen av skakravet beträffande Apple TV varit otydlig. Förvaltningsrätten är emellertid av uppfattningen att en normalt omsorgsfull och i den aktuella branschen insatt anbudsgivare bör ha kunnat förstå vilken produkt som efterfrågats. Göliska har således inte brutit mot transparensprincipen genom ifrågavarande ändring.

Av vad som framkommit i målet motsvarar Apple TV 4K specifikationen avseende upplösning om 2160 pixlar. Det får mot den bakgrunden anses klarlagt att det är Apple TV 4K som efterfrågas, i synnerhet när störst vikt läggs vid efterfrågade produkttegenskaper snarare än modellbeteckning. Eftersom Caperio således inte uppfyllt kravet på att offerera senaste version av Apple TV, i enlighet med uppställt skakrav, har Göliska haft fog för att utesluta bolagets anbud.

Fråga är då om Göliska bort förlänga anbudstiden för att leverantörer skulle få tillräckligt med tid för att ta in den nya informationen och hinna utforma anbud utifrån denna. Vid väsentlig ändring av upphandlingsdokumentet ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas. Enligt förvaltningsrättens mening är ändringen inte sådan att den sannolikt skulle ha kunnat påverka en anbudsgivares vilja att delta i upphandlingen. Det är inte fråga om en omfattande ändring som kräver något större merarbete av anbudsgivarna. Den kan därför inte anses vara väsentlig i den mening som avses i 11 kap. 8 § LOU. Den period om sex dagar från ändringen till sista dag att inkomma med anbud, får anses rimlig för anbudsgivare med nödvändig kunskap om

produkterna. Tillräcklig tid för eventuell justering av anbud räknat från då svaret publicerades till sista dag för att inkomma med anbud, har således funnits. Skäl att förlänga anbudstiden har inte framkommit.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Caperio inte har gjort sannolikt att Göliska har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Henric Ottosson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.