



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-04-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5141-13

SÖKANDE

SAC Nordic AB, 556440-9638
Prästtorpsvägen 16
341 51 Lagan

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

Ombud: Jur.kand. Linda Dahlström
adress som ovan

MOTPART

Riksdagsförvaltningen
Sveriges Riksdag
100 12 Stockholm

SAKEN

Överprövning av en offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 1 9	
Avd	
Dnr	
Konf	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att steg 2, anbudsfasen, görs om.

Dok.Id 343667

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDE M.M.

Riksdagsförvaltningen (RDF) genomför en upphandling av en för Riksdagen och riksdagsledamöterna anpassad IP-radio för installation i riksdagens lokaler. Upphandlingen genomförs genom ett selektivt förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). RDF har i tilldelningsbeslut den 22 februari 2013 meddelat att Electrosound AB (Electrosound) tilldelats kontraktet.

SAC Nordic AB (SAC eller bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras, varvid anbudet från Electrosound inte ska ingå. I det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen inte kan rättas yrkar SAC i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för dess talan anför bolaget sammanfattningsvis följande.

RDF har utvärderat anbudet från Electrosound trots att dess anbud inte uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlagets kravspecifikation bilaga 1 punkten 3.2.2; dvs att enheten ska kunna strömförsörjas av Switch, dvs ha fullt stöd för POE-matning (Power Over Ethernet), och i punkten 3.2.5; dvs att enheten ska klara av att spela upp de radiokanaler som erbjuds på internet, dvs ha stöd för ljudströmmar i formaten MMS, AAC och MP3.

Electrosound har därmed inte varit kvalificerade för utvärderingen och dess anbud skulle ha förkastats. Eftersom så inte har gjorts har upphandlingen genomförts i strid mot principerna om transparens och likabehandling. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras där anbudet från Electrosound inte ska ingå. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen inte kan rättas kan förfrågningsunderlaget inte betraktas som annat än otydligt avseende vad som egentligen krävs för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. För-

frågningsunderlaget står därmed i strid med principerna om transparens och likabehandling och ska därför göras om. Upphandlingen har genomförts i strid med LOU och SAC har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

RDF bestrider ansökan och anför i huvudsak följande. Det saknas grund för ingripande enligt LOU. RDF har inte brutit mot lagens bestämmelser och inte heller mot EU-rättsliga bestämmelser eller principer. RDF:s handlande i upphandlingen har i vart fall inte inneburit att SAC lidit eller kommer att lida skada. Fyra anbudssökande inbjöds till anbudsfasen och två av dessa lämnade anbud, SAC och Electrosound. RDF prövade anbudet genom att först stämma av om anbudsgivarna bekräftat att ställda krav i kravspecifikationen uppfyllts. Ett "ja" från anbudsgivarna innebar att de hade förstått kravet och hade lämnat ett svar som motsvarade förmågan. Därefter kontrollerade RDF kravlistan mot lämnade anbudsprov. Båda anbudet har prövats på samma sätt varför RDF inte har brutit mot likabehandlingsprincipen.

Avseende frågan om förfrågningsunderlaget brister i transparens så borde SAC under den långa handläggningstid som varit ha inkommit med frågor till RDF, så att myndigheten hade haft chans att förtydliga underlaget. En rättelse är inte möjlig eftersom prövningen skulle resultera i att inte heller bolagets anbud skulle gå vidare till utvärdering.

POE-matning

Både SAC och Electrosound hade svarat "ja" på frågan i kravspecifikationen avseende om enheten kunde strömförsörjas genom Switch, dvs. ha fullt stöd för POE-matning. Electrosounds anbudsprov visade att enheten fungerade i enlighet med kravet.

MMS-format

Avseende kraven i 3.2.5 konstaterade RDF att både SAC och Electrosound hade med ett "ja" bekräftat att kravet uppfylldes. När kontrollen av anbudsproverna genomfördes visade det sig att MMS-formatet inte fungerade på något av anbudsproverna. Av en kommentar som Electrosound lämnade i sitt anbud framgår att MMS är på väg ut som standard för att distribuera ljud över Internet. Om RDF hade känt till detta tidigare hade kravet naturligtvis inte varit formulerat i kravspecifikationen på det sätt som det nu var. I detta läge tog RDF kontakt med en radiokanalsdistributör för att få klarhet i huruvida den information som Electrosound lämnat stämde. Distributören meddelade att man redan i februari i år hade börjat sända sina strömmar i MP3-format istället och att man inom kort helt kommer att övergå till MP3. Detta sker under upphandlingens tidsperiod. RDF är införstådd med att ska-krav är obligatoriska. I detta fall konstaterades dock att inget av bolagets anbudsprover klarade av att ta emot ljudströmmar i MMS-formatet. RDF gjorde därmed bedömningen att det var fullt möjligt att korrigera kravets formulering på så sätt att ett av de totalt tre uppräknade formaten kunde tas bort utan att varken SAC eller Electrosound diskriminerades. Bolagen har därför behandlats lika. Då radiodistributören dessutom redan hade övergått till att distribuera ljudströmmar i MP3-format kunde RDF även försäkra sig om att de två anbudssökande som valde att avstå från att lämna anbud inte heller skulle ha uppfyllt kravet fullt ut enligt den ursprungliga kravformuleringen. Den mindre förändring som nu gjordes av den ursprungliga kravformuleringen har inte på något sätt utgjort en så allvarlig förändring som bolaget gör gällande.

SAC yttrar härefter i huvudsak följande.

POE-matning

Den enhet som är offererad av Electrosound uppfyller inte uppställt krav avseende att enheten i sig ska ha fullt stöd för POE-matning. Fullt stöd

innebär att enheten, så kallad powered device, ska kunna kommunicera och strömförsörjas direkt via datalänken, dvs samma kabel. Det framgår av tekniska beskrivningen i Electrosounds anbud att deras enhet inte kan kommunicera och strömförsörjas direkt via samma kabel utan behöver en adapter.

MMS-format

Information avseende MMS som standard och dess utveckling har funnits sedan flera år tillbaka och är inte något som uppkommit under upphandlingens tidsperiod. Ljudströmmar i formatet MMS kommer vidare att användas ett flertal år framöver och det finns fortfarande behov av stöd för ljudströmmar i MMS. Att RDF valt att frångå förfrågningsunderlaget är ingen mindre förändring.

I detta sammanhang ska även hänsyn tas till potentiella leverantörers möjlighet att lämna anbud. Endast två av fyra i upphandlingen kvalificerade anbudsgivare valde att lämna anbud efter erhållande av komplett förfrågningsunderlag och kravspecifikation.

Den av SAC offererade IP-radion uppfyller kravet avseende stöd för ljudströmmar i formatet MMS.

RDF yttrar härefter i huvudsak följande.

POE-matning

Den omständigheten att RDF i kravspecifikationen benämnt den färdiga lösningen för "enhet" innebär inte att kravet avsåg något annat än den anpassade radioenheten, dvs lösningen i sin helhet. Av det anbudsprov SAC lämnat har det inte gått att bekräfta att deras lösning kan köras över POE.

MMS-format

Ingen av anbudsproven kunde ta emot ljudsströmmar i MMS. Att funktionen ändå fanns i SAC:s offererade IP-radio är nytt för RDF. I tvåstegsupphandlingar är det ovanligt att anbud lämnas av samtliga företag som bjuds in att lämna anbud efter ansökningsförfarandet. Genom att radiobolaget bekräftade att MMS-formatet är en utgående standard kunde RDF även konstatera att inte heller andra anbudsgivare hade kunnat uppfylla kravet fullt ut enligt de ursprungliga kraven. RDF valde därför att inte ta hänsyn till detta format vid anbudsprövningen, vilket inneburit en likabehandling för de båda anbudsgivarna.

Electrosound, som av förvaltningsrätten har lämnats tillfälle att yttra sig, bestrider att ansökan om överprövning bifalles och anser att SAC:s ansökan ska avvisas då SAC inte drabbats av eller kan komma att lida skada på grund av RDF:s handläggning.

Electrosound anför i huvudsak följande. RDF har genomfört ett anbudsprov, där SAC:s anbudsprov inte fungerade. Det var endast Electrosound som klarade testet. Det kan vidare konstateras att det inte i förfrågningsunderlaget framställts några särskilda krav på hur strömförsörjningen ska lösas, utan bara att det ska finnas en fungerande lösning som uppfyller kravet, dvs. ha fullt stöd för POE-matning. Electrosound har i sitt anbud angivit att kravet är uppfyllt, och RDF har i utvärderingen av anbudsprovet verifierat denna omständighet.

SAC tillägger härefter i huvudsak följande. Det är visserligen så att en anbudsgivare vars anbud konstaterats inte uppfylla samtliga krav normalt sett inte anses lida skada. Praxis visar emellertid att om det endast finns en anbudsgivare kvar efter att kvalificeringen slutförts och att även denna anbudsgivare ska uteslutas anbudsgivaren ändå anses ha lidit skada och ha talarätt. För det fall SAC:s anbud inte skulle anses uppfylla samtliga krav

finns inget anbud kvar eftersom Electrosound inte uppfyller ställda ska-krav och RDF skulle då tvingas göra om upphandlingen och SAC skulle då ha möjlighet att återigen lämna in anbud och ha möjlighet att erhålla kontraktet. Därmed riskerar SAC att lida skada i upphandlingsrättslig mening oavsett om anbudet från SAC kan anses uppfylla samtliga krav eller inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

SAC:s talerätt

Av 16 kap. 4 § 1 LOU följer att förvaltningsrätten får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

RDF har genomfört upphandlingen genom ett selektivt förfarande. Efter annonsering av ansökningsinbjudan inkom ansökningar från fyra företag. Samtliga anbudssökande kvalificerade sig att delta i steg 2, anbudsfasen, och erhöll anbudsinsbjudan och förfrågningsunderlag. Anbud inkom från SAC och Electrosound, vilka utvärderades. Electrosounds anbud bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga och Electrosound antogs därför som leverantör. RDF har således under upphandlingen ansett att SAC:s anbud uppfyllde ställda krav och utvärderat anbudet.

SAC har i sin ansökan om överprövning enligt LOU åberopat att Electrosound inte uppfyllt de ska-krav som RDF angett i förfrågningsunderlaget samt att förfrågningsunderlaget inte uppfyllt kravet på transparens. Bolaget har vidare anfört att RDF:s handläggning av upphandlingen medfört att bolaget lidit eller riskerat lida skada. Mot denna bakgrund är det förvaltningsrättens mening att SAC har talerätt och förvaltningsrätten ska därför pröva SAC:s ansökan. Att RDF och Electrosound hos förvaltningsrätten nu hävdar att SAC:s anbud inte uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget föranleder inte förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning.

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Förvaltningsrätten kan då besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I Sverige omfattas alla offentliga upphandlingar av de grundläggande principerna. Dessa principer har lagfästs i 1 kap. 9 § LOU.

POE-matning

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation Bilaga 1 punkten 3.2.2. anges följande:

”Enheten ska kunna strömförsörjas av Switch, dvs ha fullt stöd för POE-matning (Power Over Ethernet).”

I punkten 2 i samma bilaga definieras POE som ”switch tilldelar drivström till en enhet i ett Ethernet nätverk”. Switch definieras i samma punkt som ”enhet som fördelar datatrafik på de olika data-portarna”.

Electrosound har i sitt anbud angett att ska-kravet uppfylls, vilket RDF anger att den test RDF gjort av Electrosounds anbudsprov bekräftat. SAC har anfört att ska-kravet ska läsas på så sätt att det är radioenheten i sig som ska ha fullt stöd för POE-matning. SAC menar vidare att Electro-

sounds anbud inte uppfyller kravet eftersom ElectroSound använder en adapter.

Det är förvaltningsrättens mening att det av ska-kravet inte ställs något krav på hur enheten ska vara kompositionerad. Att ElectroSound använder en adapter innebär därför inte att de inte uppfyller ska-kravet. Skäl för rättelse på denna grund föreligger inte. Inte heller är ska-kravet enligt förvaltningsrättens mening otydligt på det sätt som SAC anförde. Skäl att göra om upphandlingen på grund av att förfrågningsunderlaget i denna del brister i transparens föreligger därför inte heller.

MMS-format

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation Bilaga 1 punkten 3.2.5. anges följande:

”Enheten ska klara av att spela upp de radiokanaler som erbjuds på Internet, dvs. ha stöd för ljudströmmar i formaten MMS, AAC, MP3 då det är vanligt att radiobolagen använder sig av dessa format när man strömmar ut ljud på Internet”.

ElectroSound har i sitt anbud angett att ska-kravet uppfylls. ElectroSound har dock också angett som en kommentar i anbudet att MMS inte stöds, samt bl.a. att MMS är en utgående standard och ersätts ofta av AAC.

RDF tog mot bakgrund av denna information kontakt med en radiodistributör som uppgav att de har börjat sända i MP3-format istället och att man inom kort helt ska övergå till MP3-formatet. RDF valde då att ta bort kravet på formatet MMS. Det är således ostridigt i målet att RDF korrigerat ett i förfrågningsunderlaget uppställt ska-krav.

I LOU saknas detaljerade regler i fråga om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. En åtgärd som innebär att förfråg-

ningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Vid den bedömningen får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10). En upphandlande enhet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett ska-krav bör dock normalt ses som en väsentlig förändring (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2010 i mål nr 1706-10).

Vilka ljudströmmar som radion ska kunna ta emot måste anses vara av central betydelse för upphandlingen. RDF:s ändring i ska-kravet är därför enligt förvaltningsrättens mening en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Att en radiodistributör bekräftat att de inte längre kommer att använda MMS-formatet föranleder inte i sig en annan bedömning. Så som SAC anfört kan det inte uteslutas att en eller båda av de anbudssökandena som vid sidan av SAC och Electrosound kvalificerade sig i steg ett, valt att – efter att de tagit det av det ursprungliga förfrågningsunderlaget – avstå från att delta men att de möjligen hade valt att delta om de hade haft tillgång till det ändrade förfrågningsunderlaget. Ändringen har skett efter det att tidsfristen för att inkomma med anbud löpt ut och RDF har inte vidtagit någon åtgärd för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen.

Det är således förvaltningsrättens mening att RDF gjort en väsentlig förändring i förfrågningsunderlaget hänförlig till ett av upphandlingens konkurrensuppsökande skeenden. RDF:s hantering av upphandlingen i denna

del strider, så som SAC anført, mot de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Enligt praxis finns då skäl att göra om upphandlingen.

RDF har dock genomfört upphandlingen genom ett selektivt förfarande och någon anmärkning mot det första steget i upphandlingen, dvs kvalificering av anbudssökande, har inte framförts. Förvaltningsrätten finner det därför tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att steg två, dvs anbudsfasen, görs om med ett nytt förfrågningsunderlag och en ny inbjudan till de utvalda anbudssökandena.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Annika Pallvik Fransson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredraganden har varit Katarina Stütz Norland.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU