



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Jenny Wood

DOM
2013-01-10
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4944-12
Domare 2:3

Sida 1 (10)

SÖKANDE

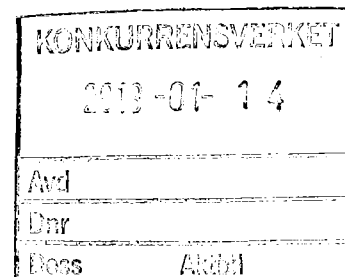
System Economy Technologies i Nässjö AB, 556720-9415
Postgatan 2
571 31 Nässjö

MOTPART

Höglandets kommunalförbund, 222000-1412
Eksjö kommun
Box 207
575 22 Eksjö

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Höglandets kommunalförbund (Höglandet) genomför en upphandling av PC och tjänster genom ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än System Economy Technologies i Nässjö AB (SET) tilldelats kontrakt. SET har ansökt om överprövning.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser behov av datorer, skärmar, tillbehör samt möjlighet att som option avropa tjänsten leverantörsinstallation. Under avtalsperioden ska det vara möjligt att teckna allriskförsäkring. Anbud kan lämnas på hela upphandlingen eller delvis, dvs. på en av två grupper bestående av produktgrupperna A-H (grupp 1) eller produktgruppen I (grupp 2) enligt bilaga 2 till förfrågningsunderlaget (= Produkt- och kravspecifikation för PC och tjänster). Av produkt- och kravspecifikationen framgår bl.a. följande ska-krav för grupp 2, produktgrupp I – Tunn klient, position I.11: Klienterna ska levereras med Intel 10/100/1000 gigabit ethernet för trådbundet nätverk. Av samma produkt- och kravspecifikation framgår ska-krav på mjukvara under positio-

Dok.Id 86055

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

nerna I.1 respektive I.2. Beträffande grupp 1 i produkt- och kravspecifikationen återfinns bl.a. ska-krav på lägsta processorhastighet respektive ska-krav på varumärket Intel. Alternativa anbud eller reservationer accepteras inte. Bland de anbud som uppfyller uteslutningsfas och kvalificeringsfas kommer därefter det anbud att antas som har lägst pris.

Av tilldelningsbeslutet, daterat den 21 september 2012, jämte upphandlingsprotokoll framgår bl.a. följande. Inom föreskriven tid inkom anbud från följande leverantörer. Svensk IT Funktion AB, ATEA Sverige AB, SET, Ricoh Sverige AB, INVID Jönköping AB, Advania AB samt KontorsSpecial i Vetlanda AB. Anbudsutvärderingen i grupp 1 har skett enligt förfrågningsunderlaget. I prissammanställningen har inte pris för option 2 (allriskförsäkring) medtagits, vilket dock inte påverkar den inbördes rangordningen mellan anbuden. Vald leverantör är ATEA Sverige AB då företaget lämnat det lägsta priset. Anbudsutvärderingen i grupp 2 har skett enligt förfrågningsunderlaget. Vald leverantör är ATEA Sverige AB då företaget lämnat det lägsta priset. Avtal får inte ingås (avtalsspärr) med antagen leverantör förrän tio kalenderdagar gått från det att den upphandlande myndigheten skickat tilldelningsbeslutet. Avtal kommer att tecknas med antagen leverantör den 2 oktober 2012.

YRKANDEN M.M.

SET yrkar att upphandlingen ska göras om. I ansökan anges bl.a. att upphandlingsförfarandet är behäftat med ett flertal allvarliga fel inom följande områden.

1) Tilldelningsbeslut: I tilldelningsbeslutet, daterat den 21 september 2012, saknas hänvisning om överklagande.

2) Anbudsutvärdering

2.a) Allriskförsäkring: I prissammanställningen har inte pris för option 2 (allriskförsäkring) medtagits, vilket borde ha skett, oavsett om detta påver-

kat den inbördes rangordningen mellan anbuden eller inte. Differensen mellan anbuden kunde ha blivit en annan.

2.b.) Grupp 2 – Tunn klient, position I.11: Antaget anbud från ATEA Sverige AB uppfyller inte ska-kraven för produktgrupp I – Tunn klient, position I.11. ATEA:s produkt ”IGEL UD5-730” har inte nätverkskort av modell Intel utan av modell VIA. ATEA:s produktspecifikation avseende IGEL UD5-730 styrker inte att ska-kravet är uppfyllt. Som skriftlig bevisning åberopas produktblad IGEL-UD5 samt mejl från generalagenten Arrow ECS Sweden AB.

3) Brister i förfrågningsunderlaget (den konkurrensuppsökande fasen)

3.a) Krav på att tillhandahålla separat mjukvara: Krav på att tillhandahålla separat mjukvara är inte relevant då hårdvara upphandlas.

3.b) Krav på lägsta processorhastighet för mikroprocessorer: Kraven på tillhandahållande av mikroprocessorer med en särskild klockfrekvens är inte förenliga med direktiven om offentlig upphandling och måste ses som konkurrensbegränsande krav.

3.c) Krav på varumärket Intel: Genom att begränsa sin upphandling till att avse chipset, processor och nätverkskort av varumärket Intel har Höglandet handlat i strid med bestämmelserna i 6 kap. 2 – 4 §§ LOU samt lagens bakomliggande syfte. Kraven på tillhandahållande av mikroprocessorer av märket Intel är inte förenliga med direktiven om offentlig upphandling och måste ses som konkurrensbegränsande krav. Även kraven på tillhandahållande av nätverkskort, chipset samt Wlan av märket Intel är oförenliga med direktiven om offentlig upphandling och måste ses som konkurrensbegränsande krav. Dom av Förvaltningsrätten i Jönköping 2011-01-31 i mål nr 5981-10 åberopas, liksom PM 2009-03-04 av Konkurrenskommissionen samt mejl från Leif Nordlund, AMD, den 19 oktober 2012.

SET gör gällande att man på grund av kraven på varumärke har blivit förhindrade att utforma ett konkurrenskraftigt anbud då andra motsvarande fabrikat finns.

Höglandet bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

1) *Tilldelningsbeslut*: Underrättelse om beslut om kontraktstilldelning har skett enligt 9 kap. 9 § LOU.

2) *Anbudsutvärdering*

2.a) *Allriskförsäkring*: I upphandlingsprotokollet som skickades ut tillsammans med tilldelningsbeslutet framgår att anbudsutvärderingen har skett enligt förfrågningsunderlaget. I prissammanställningen för Grupp 1 har inte pris för option 2 (allriskförsäkring) medtagits, vilket dock inte har påverkat den inbördes rangordningen mellan anbudena. Differensen mellan det vinnande anbudet från ATEA Sverige AB och SET hade inte blivit mindre utan snarare större om allriskförsäkringen medtagits i prissammanställningen.

2.b) *Grupp 2 – Tunn klient, position I.11*: ATEA Sverige AB har i sitt anbud angivit att de uppfyller ska-kravet enligt position I.11. Klienterna ska levereras med Intel 10/100/1000 gigabit ethernet för trådbundet nätverk. ATEA Sverige AB uppfyller kraven avseende Intel baserat chipset för nätverkskort genom att medpaketera artikelnummer EXPI9301CT (nätverkskort Intel Gigabit EXPI9301CT 10/100/1000Mbit; förvaltningsrättens anmärkning) med de offererade produkterna.

3) *Brister i förfrågningsunderlaget (den konkurrensuppsökande fasen)*

3.a) *Krav på att tillhandahålla separat mjukvara*: För att kunna hantera en s.k. tunn klient krävs det ett s.k. manageringssystem som klarar av att på ett säkert sätt hantera den hårdvara som upphandlas samt att den också måste kunna hantera äldre hårdvara. Det är än så länge ingen öppen marknad utan det är ett system som respektive leverantör skickar med för att klienterna ska kunna manageras (hanteras; förvaltningsrättens anmärkning) från en central plats. Om inte denna programvara är byggd för de klienter som upphandlas primärt kommer den tunna klienten och manageringsverktyget inte att fungera ihop, vilket innebär en omöjlig administration i en så stor

IT-miljö som Höglandets IT är. Programvaran är en del av klienterna som upphandlas.

3.b) *Krav på lägsta processorhastighet för mikroprocessorer:* Det har i upphandlingen angetts lägsta processorhastighet (klockfrekvens och antal kärnor) för mikroprocessorerna eftersom det i nuläget inte finns något annat sätt att beskriva den lägsta prestanda som Höglandet anser behövs för att klara applikationer/system som idag används i verksamheterna. Noteras ska även att under anbudstiden inkom inga frågor från någon leverantör på ställda ska-krav avseende mikroprocessorernas klockfrekvens.

3.c) *Krav på varumärket Intel:* Höglandets IT-miljö bygger på Microsoft SCCM (System Center Configuration Manager; förvaltningsrätten anmärkning) som manageringssystem för klienter. Höglandets IT ska enligt strategiskt fattat beslut använda funktionen Intel vPro för fjärrstyrning och hantering i SCCM som är en grundläggande funktion för att Höglandets IT ska kunna bedriva sin verksamhet. Funktionen "Out of Band Management", d.v.s. hantera en dator innan man har ett operativsystem tillgängligt, kom i Service Pack 1 för SCCM 2007. Eftersom denna funktion bygger på Intel vPro är det ett underliggande krav för att kunna använda den här möjligheten som utnyttjar Intels "Advanced Management Technology". Advanced Micro Devices, AMD, har utvecklat "DASH" som till viss del liknar Intel vPro, men innehåller dock inte funktionen "Out of Band", vilket innebär att ett tredjepartsverktyg måste användas som inte stöds av Microsoft och således inte heller supporteras direkt av Microsoft. Detta kommer att ställa till stora problem då supportvägarna blir oklara när problem uppstår med verktygen. Funktionen VPro finns endast i Intel Processorer och Intel Moderkort och dessa krav följer således funktionen VPro. Då antalet drivrutiner och hanteringen av dessa i så stor utsträckning som möjligt standardiseras av Höglandets IT ska samtliga komponenter vara av samma märke för att underlätta imagehantering. Enligt gängse praxis och erfarenhet blir datorerna stabilare om samtliga komponenter kommer från samma tillverkare. Intels komponenter kan användas i samtliga datortillverkares

modeller. Samtliga anbudslämnare har svarat att de uppfyller ställda skakrav som innehåller Intel avseende chipset, processorer, nätverkskort och mikroprocessorer på följande positioner i produkt- och kravspecifikation; A.3, A.8, A.12, A.13, B.5, B.9, B.10, B.11, C.5, C.9, C.10, C.11, D.5, D.9, D.10, D.11, E.3, E.9, E.10, E.14 samt I.11. Med hänsyn till ovanstående kan kravspecifikationen inte anses ha missgynnat någon leverantör och kan inte heller anses som konkurrensbegränsande. Noteras ska även att under anbudstiden inkom inga frågor från någon leverantör på ställda skakrav avseende Intel.

SET har inkommit med ett anbud som innehåller komponenter från Intel. För Grupp 1 har ATEA Sverige AB lämnat ett anbud om totalt 15 399 152,64 kronor och SET ett anbud om totalt 15 576 286,40 kronor, en differens på endast 177 637,76 kronor. Svensk IT Funktion AB med rangordning nummer tre har lämnat ett anbud på 18 925 104 kronor. Detta tyder på att SET har lämnat ett konkurrenskraftigt anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 6 kap. 4 § LOU anges följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningsätt 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 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 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

I 16 kap. 6 § LOU anges 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref 69).

SET yrkar att upphandlingen ska göras om då bolaget anser att upphandlingsförfarandet är behäftat med ett flertal allvarliga fel inom följande områden.

- 1) *Tilldelningsbeslut*
- 2) *Anbudsutvärdering*
 - 2.a) *Allriskförsäkring*
 - 2.b) *Grupp 2 – Tunn klient, position I.11*
- 3) *Brister i förfrågningsunderlaget (den konkurrensuppsökande fasen)*
 - 3.a) *Krav på att tillhandahålla separat mjukvara*
 - 3.b) *Krav på lägsta processorhastighet för mikroprocessorer*
 - 3.c) *Krav på varumärket Intel*

1) *Tilldelningsbeslut*: Enligt SET föreligger brister i tilldelningsbeslutet då hänvisning om överklagande saknas. Förvaltningsrätten bedömer att eventuella formella brister i ett tilldelningsbeslut inte har sådan betydelse att det enbart på grund av en sådan brist finns skäl att förordna att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas första sedan rättelse har gjorts. En

underrättelse om ett tilldelningsbeslut ska innehålla information om vem som vann upphandlingen och varför. Den ska innehålla så pass mycket information att de övriga leverantörerna kan se om upphandlingsförfarandet har genomförts korrekt. Om underrättelsen inte innehåller tillräcklig information, börjar bl.a. tiodagarsfristen för att begära överprövning inte att löpa. Eventuella ofullständigheter i tilldelningsbeslutet saknar alltså betydelse för utgången i detta mål.

2) Anbudsutvärdering

2.a) Allriskförsäkring: SET har inte mot upphandlande myndighets bestridande gjort sannolikt att den inbördes rangordningen mellan anbuderna hade kunnat bli annorlunda om pris för allriskförsäkring medtagits i pris-sammanställningen. Anledning till ingripande föreligger därför inte.

2.b) Grupp 2 – Tunn klient, position I.11: Av produkt- och kravspecifikationen framgår bl.a. följande ska-krav för produktgrupp I – Tunn klient, position I.11: Klienterna ska levereras med Intel 10/100/1000 gigabit ethernet för trådbundet nätverk. Enligt SET uppfyller antaget anbud från ATEA Sverige AB inte ska-kraven för produktgrupp I – Tunn klient, position I.11 eftersom ATEA:s produkt "IGEL UD5-730" inte har nätverkskort av modell Intel, utan av modell VIA. Som stöd för detta åberopar företaget bl.a. ett mejl från ARROW ECS Sweden AB vari följande står att läsa; "Det nätverkskort som sitter i deras burkar är VIA". Enligt Höglandet har ATEA Sverige AB i sitt anbud angivit att de uppfyller ska-kravet enligt position I.11. Höglandet har vidare uppgett att kravet uppfylls genom att artikelnummer EXPI9301CT (nätverkskort Intel Gigabit EXPI9301CT 10/100/1000Mbit; förvaltningsrättens anmärkning) medpaketeras med de offererade produkterna. Mot bakgrund härav bedömer förvaltningsrätten att SET inte gjort sannolikt att det finns grund för ingripande enligt LOU på grund av att ATEA Sverige AB inte uppfyller aktuellt ska-krav.

3) Brister i förfrågningsunderlaget (den konkurrensuppsökande fasen)

3.a) Krav på att tillhandahålla separat mjukvara: Enligt SET är krav på att tillhandahålla separat mjukvara inte relevant då hårdvara upphandlas. Den upphandlande myndigheten är dock i princip fri att bestämma föremålet för upphandlingen utifrån bl.a. verksamhetens behov och syfte. Friheten att bestämma föremålet för upphandlingen är stor under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Aktuellt krav får enligt förvaltningsrättens bedömning anses proportionerligt och grund för ingripande föreligger inte.

3.b) Krav på lägsta processorhastighet för mikroprocessorer: En upphandlande myndighet får ange tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav. Att ange lägsta processorhastighet (klockfrekvens och antal kärnor) för mikroprocessorer som ett sätt att beskriva den lägsta prestanda som Högländet anser sig behöva kan inte anses som ett konkurrensbegränsande krav. Anledning till ingripande föreligger därför inte.

3.c) Krav på varumärket Intel: Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU framgår att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisning till visst varumärke. Syftet med att i undantagssituationer tillåta visst varumärke är inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. på grund av kompetens- eller resursbrist, ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten.

Hänvisning till varumärke innebär regelmässigt att vissa företag gynnas och andra missgynnas. Dessutom ska sådana hänvisningar alltid följas av orden "eller likvärdigt". I förevarande fall gynnas företag som använder varumärket Intel och möjlighet att offerera likvärdiga produkter av annat varumärke saknas. Förvaltningsrättens uppfattning är att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningens syfte att tillåta den upphandlande

myndigheten att redan i förfrågningsskedet av upphandlingen avgöra om det på marknaden saknas likvärdiga alternativ till föremålet för upphandlingen. En sådan bedömning får anstå till anbudsutvärderingen. Förvaltningsrätten konstaterar således att förfrågningsunderlaget utformats i strid med 6 kap. 4 § LOU.

För att ingripande med stöd av LOU ska kunna ske krävs att sökanden har lidit eller kan komma att lida skada. Skaderekvistet är relativt lågt ställt. Det torde inte krävas att leverantören visar att han skulle ha fått kontraktet om myndigheten inte begått den aktuella överträdelsen. Ofta är det tillräckligt att det framgår att överträdelsen kan ha medfört att leverantörens möjlighet att vinna upphandlingen har försämrats (jfr dom av Kammarrätten i Göteborg den 26 april 2004 i mål nr 622-04). Högländet har utformat förfrågningsunderlaget i strid med 6 kap. 4 § LOU. Det framstår inte som osannolikt att SET hade kunnat utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud om denna brist i förfrågningsunderlaget inte hade funnits. SET får därför anses ha lidit eller kunnat lida skada i LOU:s mening. Därmed finns grund för ingripande med stöd av LOU. Eftersom felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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


Annette Spjuth