



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-02-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26333-15

SÖKANDE

Misco AB, 556442-1435
Telefonvägen 30
126 26 Hägersten

Ombud: Advokat David Hertzman och jur.kand. Carl Gärde
Advokatfirman Gärde & Partners
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

MOTPART

Tullverket
Box 12854
112 98 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-02-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 699135

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Tullverket genomför en upphandling av IT-tillbehör, dnr UPP 2015-134. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tullverket har i tilldelningsbeslut utsänt den 27 november 2015 meddelat att Tullverket beslutat att anta anbud från Atea Sverige AB (Atea).

Misco AB (Misco) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts. Rättelse ska bestå i att ny utvärdering utförs varvid Ateas anbud förkastas och inte tillåts delta i utvärderingsfasen.

Tullverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Misco

Misco anför bl.a. följande. Ateas anbud borde ha förkastats då det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget avsnitt 1.1.6 sid 2 framgår att anbudsgivare ska visa att alla krav uppfylls genom att besvara samtliga frågor. Om inte samtliga obligatoriska krav uppfylls kommer anbudet att förkastas. Atea har inte angivit tillverkarens fabrikat och modell för alternativt erbjudna produkter i bilaga 1, prisbilaga, till sitt anbud. I aktuellt fält har Atea endast angett artikelnummer. Detta strider mot de instruktioner som anges i prisbilagan om att tillverkarens artikelnummer, fabrikat och modell ska anges vid äventyr av att anbudet kan komma att diskvalificeras i sin helhet. Detta får till följd att kravet om att anbudsgivare ska leverera samtliga efterfrågade produkter eller likvärdiga produkter av samma eller högre kvalitet inte heller

kan anses uppfyllt. Av Tullverkets totalt 234 efterfrågade produkter har Atea erbjudit 125 alternativa produkter. För samtliga nämnda produkter har Atea endast angivit artikelnummer. Av denna anledning uppfyller Atea inte förfrågningsunderlagets skall-krav och skulle därmed ha uteslutits från vidare utvärdering. Eftersom ett anbud som inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav har tillåtits att delta upphandlingens utvärderingsfas har principen om likabehandling trätts för när. Miscos anbud har godkänts av Tullverket och placerade sig direkt efter Ateas anbud. Följaktligen föreligger anledning att anta att Misco vid en korrekt kvalificering/utvärdering skulle ha tilldelats kontrakt. Genom förevarande brister i upphandlingsförfarandet får inte Misco möjlighet att utföra uppdraget upphandlingen omfattar. Misco har härigenom och kan antas komma att lida betydande skada. Det föreligger grund för ett ingripande med stöd av LOU.

Det framgår tydligt av bilaga 1, prisbilaga, att det är ett obligatoriskt krav att fylla i de uppgifter som nämns i prisbilagan. Sista meningen anger "Om ovanstående inte är uppfyllt kommer anbudet att diskvalificeras i sin helhet". Det finns ingen skrivelse som anger att stycket "Förtydligande för nedanstående kolumner" inte skulle omfattas av den tidigare meningen. Det är oklart hur Tullverket menar att kvalificering skulle kunna genomföras om aktuellt krav inte var obligatoriskt. En anbudsgivare hade i så fall kunnat utelämna all information om alternativa produkter och istället ange en siffra till markering att alternativ produkt erbjuds. Tullverket hade då överhuvudtaget inte kunnat kontrollera att alternativ produkt har samma specifikation och kvalitet som efterfrågad produkt.

I Ateas prisbilaga finns inga länkar till ytterligare information. Att det visserligen varit möjligt för Tullverket att efterforska kompletterande uppgifter genom att följa eventuella länkar i Ateas prisbilaga förändrar inte bedömningen. Ett sådant förfarande måste snarare anses stå i strid med

likabehandlingsprincipen. Ett anbud som har lämnats i en upphandling får endast undantagsvis förtydligas eller kompletteras, såvitt inte likabehandlingsprincipen träds för när. Information på webbsidor kan bland annat ändras vid vilken tidpunkt som helst vilket medför att ett anbud som länkar till en sådan hemsida inte kan anses ha lämnat information i sitt anbud.

Situationen är inte jämförbar med RÅ 2002 ref. 50 då det inte är oklarheter i förfrågningsunderlaget som ifrågasätts.

Ett förkastande av Ateas anbud skulle inte strida mot proportionalitetsprincipen eftersom de obligatoriska uppgifterna som saknas syftar till att möjliggöra verifiering av att erbjudna alternativa produkter har samma eller högre kvalitet jämfört med efterfrågade produkter. Åtgärden är nödvändig för att anbudsgivare ska ha samma förutsättningar och behandlas lika gällande erbjudna produkter.

Tullverket

Tullverket anför bl.a. följande. Miscos ansökan saknar grund, dels eftersom det inte utgjort obligatoriskt krav att lämna uppgift om fabrikat och modell avseende alternativa produkter och dels då uppgifterna framgår av Ateas anbud. I prisbilagan (bilaga 1 till förfrågningsunderlaget) har ställts upp en rad krav och det uppges i samma bilaga att underlåtenhet att uppfylla samtliga krav utgör grund för diskvalificering. Därutöver har under nämnda krav lämnats instruktioner för ifyllande av prisbilagan, varvid det uttryckligen anges att det är fråga om "Förtydliganden för nedanstående kolumner". De uppgifter som enligt Misco saknas hänför sig till dessa förtydliganden och inte till de obligatoriska kraven. Syftet med förtydligandet var att lämna kompletterande information om hur Tullverket önskade angivna kolumner ifyllda och inte att denna information skulle

utgöra obligatoriska krav. Tullverket har inte haft anledning att anta att ordet förtydligande skulle uppfattas på något annat sätt. De obligatoriska krav som har ställts är att offererade produkter ska hålla samma eller högre kvalitet som angivna produkter och att leverantörer vid förfrågan ska kunna styrka det. Att en upphandlande myndighet har rätt att kontrollera ett krav innebär inte att det alltid finns en skyldighet att göra en sådan kontroll. I förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivare ska bekräfta att såväl kvalifikationskrav som kravspecifikation är uppfyllda. Atea har i sitt anbud bekräftat att de uppfyller dessa krav. En sådan kontroll är fullt tillräcklig. De begärda och lämnade uppgifterna är enligt Tullverkets mening fullt tillräckliga för att genomföra en utvärdering.

Tullverket har i upphandlingen i en del fall efterfrågat namngivna produkter av visst varumärke alternativt likvärdiga produkter som håller samma eller högre kvalitet, s.k. alternativa produkter. Av prisbilagans förtydligande följer att Tullverket, för det fall alternativa produkter offereras, önskat minst samma specifikation och kvalitet som efterfrågats samt uppgift om tillverkarens artikelnummer, fabrikat och modell för varje produkt. Samtliga dessa uppgifter framgår av Ateas anbud. Atea har för offererade alternativa produkter på angivna platser i prisbilagan angett artikelnummer, som via länk i prisbilagan, lätt har kunnat härledas till fullständig information om produkterna ifråga, inklusive uppgifter om fabrikat och modell för varje produkt. Den länk som avses anges vid uppgiften ”Anbudsgivaren ska här ange hemsida för offererat Onlinepris”. Genom att fylla i angivet artikelnummer efter länken fås produktinformationen fram. Informationen är tydlig och innehåller all fakta som behövts för bedömningen av om produkterna varit att likställas med de namngivna produkterna. Genom att tillverkarens artikelnummer har angetts i anbudet finns det inte minsta tvivel om vilken produkt som har offererats.

Tullverket skulle möjligen på ett ännu tydligare sätt kunnat särskilja de obligatoriska kraven i prisbilagan från därefter angivna förtydliganden. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när, jfr RÅ 2002 ref. 50.

Det vore enligt Tullverkets mening oproportionerligt att utesluta Ateas anbud för att uppgifterna, som framgår av anbudet, inte har angetts exakt som förtydligandet anger. Det gäller i synnerhet eftersom uppgifterna inte är obligatoriska. Det har inte heller gjorts gällande att någon av de av Atea offererade alternativa produkterna inte skulle hålla samma eller högre kvalitet än de angivna produkterna. Då varken likabehandlingsprincipen, någon annan upphandlingsrättslig princip eller LOU i övrigt träts för när saknas grund för ingripande mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta

att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark).

Även proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. I upphandlingens utvärderingsfas innebär proportionalitetsprincipen enligt doktrinen bl.a. att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Kommentar Offentlig upphandling, uppl. 1:3, s. 16).

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlaget

Av ”Bilaga 1 Prisbilaga” framgår bl.a. följande.

”I de fall Tullverket nämner varumärken får Anbudsgivaren offerera likvärdiga produkter som håller samma eller högre kvalitet, Leverantören ska kunna styrka detta vid eventuell förfrågan”.

I stycket under anges bl.a. följande under rubriken ”Förtydliganden för nedanstående kolumner”.

”(1) Anges endast om Anbudsgivaren vill offerera alternativa produkter. Dessa ska i så fall ha minst samma specifikation och kvalitet som efterfrågas. Tillverkarens artnr, fabrikat och modell ska anges.”

Under båda dessa stycken anges bl.a. följande.

”Om ovanstående inte är uppfyllt kommer anbudet att diskvalificeras i sin helhet”.

Skall-krav

Förvaltningsrätten inleder med att pröva om det kan anses vara ett skall-krav att ange tillverkarens artikelnummer, fabrikat och modell för alternativa produkter. Förvaltningsrätten anser att det sett till ordlydelsen klart och tydligt framgår att det för alternativa produkter ska anges tillverkarens artikelnummer, fabrikat och modell. Under denna skrivning framgår att om ovanstående inte är uppfyllt kommer anbudet att diskvalificeras i sin helhet. Enligt förvaltningsrätten kan detta inte tolkas på annat sätt än att det är obligatoriskt att för alternativa produkter ange de nämnda uppgifterna. Förvaltningsrätten anser inte att det faktum att kravet anges under rubriken ”Förtydliganden för nedanstående kolumner” föranleder någon annan bedömning. Enligt förvaltningsrätten utgör det alltså ett skall-krav att ange tillverkarens artikelnummer, fabrikat och modell för alternativa produkter.

Ateas anbud

Förvaltningsrätten går därmed vidare till att pröva om Ateas anbud har uppfyllt det aktuella skall-kravet. Av vad som har framkommit i målet och i Ateas prisbilaga har Atea under rubriken ”Alternativ produkt (1)” angett artikelnummer men inte fabrikat och modell. Enligt Tullverket har dock dessa uppgifter enkelt gått att få fram genom att skriva in artikelnumret efter den länk som anbudsgivaren ska ange för offererat onlinepris. Förvaltningsrätten anser att förfrågningslaget inte ger utrymme för att redovisa fabrikat och modell genom att ange en länk där artikelnummer kan skrivas in efter. Eftersom Atea i sitt anbud endast har angett artikelnummer

och inte fabrikat och modell brister Ateas anbud i uppfyllelse av det aktuella skall-kravet.

Proportionalitetsprincipen

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det aktuella kravet utgör ett skallkrav och att Ateas anbud inte uppfyller kravet. Frågan är om detta innebär att Tullverket borde ha förkastat Ateas anbud.

Om en upphandlande myndighet inte förkastar ett anbud som inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav kan förfarandet strida mot likabehandlingsprincipen. För att myndigheten i en sådan situation ska ha fog för att förkasta anbudet bör det eller de krav som inte uppfyllts ha relevans i upphandlingen och vara av inte oväsentlig betydelse. I annat fall kan förfarandet i stället komma att strida mot proportionalitetsprincipen (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 april 2015 i mål nr 652-15, Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 1547-14 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014 i mål nr 897-14).

Atea har lämnat uppgift om artikelnummer för alternativa produkter men har utelämnat uppgift om fabrikat och modell. Enligt förvaltningsrätten får uppgiften om artikelnummer anses utgöra tillräckligt underlag för att kontrollera att alternativa produkter håller samma eller högre kvalitet som de produkter Tullverket föreskrivit. Det har inte heller ifrågasatts att produkterna håller sådan kvalitet. På grund av det anförda, och med beaktande av att avvikelser från kravet inte är av sådan art att konkurrensen snedvrids, finner förvaltningsrätten att det obligatoriska kravet under rådande omständigheter är orimligt att framhärda och att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta Ateas anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet. Den brist i likabehandlingen av leverantörerna som detta innebär får anses minimal och godtagbar i

sammanhanget. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU mot bakgrund av vad Misco har anfört. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Erik Hjulström

Rådman

Frida Hellström har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.