



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-03-17
Meddelad i Jönköping

Mål nr
5135-16

SÖKANDE

Toshiba Tec Nordic AB, 556091-2106
Box 1488
171 28 Solna

Ombud: Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Domstolsverket
551 81 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2017-03-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Domstolsverket genomför en upphandling avseende ramavtal för multifunktionsskrivare, laserskrivare, skannrar och servicetjänster till Sveriges Domstolar (dnr 588-2016). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande enligt ÄLOU. Vid anbudsutvärderingen ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

I förfrågningsunderlaget (kravspecifikationen, flik 9, övriga tjänster) anges bl.a. följande avseende Equitrac Office (Follow me print).

Beskrivning av efterfrågad tjänst: Samtliga MFP-maskiner ska kunna anslutas till Equitrac Office eller likvärdigt. Leverantö-

Dok.Id 220555

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
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

ren ska kunna leverera licenser samt installation, konfiguration och djup teknisk direktsupport av mjukvaran.

Plattform: Windows server

3.4.3, 3.4.6, 3.5.1, 3.5.5, 3.5.6 Skyddad utskrift, identifiering-lösenord, autentisering vid scanning till e-post ska ske med Equitrac Office eller likvärdigt. Identifiering vid hämtning av utskrift och skanning till e-post sker med passerkort eller bricka/tag (kopplat till AD). Kortläsare för valfri kortstandard ska ingå. Ingen modifiering av AD får göras. Kopiering och faxning ska inte vara beroende av Equitrac Office.

Av de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande. Domstolsverket kommer att efterfråga provleverans för att kontrollera att samtliga ska-krav är uppfyllda för de produkter som anbudsgivaren offererar. Produkterna kommer att kontrolleras under en period om två veckor. För de fall en eller flera fall av de offererade produkterna inte uppfyller ställda ska-krav inom angiven kontrollperiod kommer anbudet att förkastas i sin helhet.

Av utvärderingsprotokollet framgår bl.a. följande. Toshiba har offererat annan mjukvara än Equitrac Office. Följande har framkommit vid tester av offererade maskiner och tillhörande mjukvaror. Användare kan inte vid MFP välja ”skriv ut och spara”, d.v.s. välja att behålla dokumentet i listan efter att ha begärt utskriften, välja antal exemplar av en utskrift eller skriva ut färgutskrift som svart/vit. Offererad mjukvara kan därmed inte anses vara likvärdig med Equitrac Office och uppfyller inte ska-kravet.

Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Toshiba Tec Nordic AB (Toshiba) tilldelats kontrakt. Anbudet från Toshiba, som var ekonomiskt mest fördelaktigt, har förkastats och bolaget har ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Toshiba yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits på så sätt att anbudet från Toshiba har tagits upp för utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Domstolsverket anser att Toshibas ansökan om överprövning ska avslås. Skulle förvaltningsrätten anse att verket inte har haft rätt att uppställa krav på Equitrac Office eller likvärdig, vitsordar Domstolsverket Toshibas andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT*Toshiba*

Domstolsverket har handlat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling när man har förkastat Toshibas anbud, trots att det uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skrav.

I förfrågningsunderlaget ställ sju krav på mjukvaran (follow me print), nämligen skyddad utskrift, identifiering-lösenord, autentisering vid scanning till e-post, identifiering vid hämtning av utskrift och skanning till e-post sker med passerkort eller bricka/tag (kopplat till AD), kortläsare för valfri kortstandard ska ingå, ingen modifiering av AD får göras samt kopiering och faxning ska inte vara beroende av Equitrac Office. Några andra krav har inte ställts och Domstolsverket får inte utvärdera andra krav än de som framgår av förfrågningsunderlaget. I utvärderingsprotokollet anges att av Toshiba offererad mjukvara för follow me print inte är likvärdig med mjukvaran Equitrac Office eftersom användaren inte kan behålla dokumentet i listan efter att ha begärt utskriften, inte kan välja antal exemplar av en utskrift re-

spektive inte kan skriva ut färgutskrift som svartvit. De tre krav som anges i utvärderingsprotokollet är dock andra funktioner än de Domstolsverket har ställt krav på i förfrågningsunderlaget. Domstolsverket ifrågasätter inte att den mjukvara som Toshiba offererat uppfyller samtliga de sju funktioner som anges i förfrågningsunderlaget. Domsolsverkets påstående att de av Toshiba offererade maskinerna inte skulle uppfylla kraven avseende Equitrac Office eller likvärdigt är därför inte riktigt. Att Toshiba under provotiden inte kunde justera eller lägga till de tre funktioner som bolagets follow me print produkt saknade är inte relevant. Det strider mot ÄLOU och den bakomliggande EU-rätten att i testförfarandet testa funktioner, vilka inte utgör uttryckliga ska-krav i förfrågningsunderlaget.

Domstolsverket har inte haft rätt att i förfrågningsunderlaget hänvisa till varumärket Equitrac Office med tillägget ”eller likvärdigt” på så sätt som skett. De tekniska specifikationerna får, enligt 6 kap. 4 § första stycket ÄLOU, inte innehålla uppgifter om bl.a. varumärke såsom Equitrac Office om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Enligt andra stycket i samma bestämmelse får sådana uppgifter förekomma i specifikationerna om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, men en sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”. I praxis har det konstaterats att det i princip ska vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten. Istället för med hänvisning till varumärket Equitrac Office kunde de tillkommande tre kraven rätteligen ha formulerats på ett objektivt sätt. Förfrågningsunderlagets kravspecifikation hade således med stor enkelhet kunnat innehålla samtliga tio krav istället för sju av dem.

Kravet är utformat på ett sådant sätt att upphandlingen brister i den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om öppenhet. Kraven på öppenhet (transparens och förutsägbarhet) innebär att förfrågningsunderlaget ska vara

utformat på så sätt att varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan tolka informationen på samma sätt. En potentiell anbudsgivare måste således få information som är tillräcklig för att denne i sitt anbud ska kunna visa att eventuella alternativa produkter är likvärdiga med referensprodukten. Domstolsverket har haft möjlighet att i förfrågningsunderlagets kravställning ange de funktioner som anges i utvärderingsprotokollet. Domstolsverket har dock, först vid utvärderingen av Toshiba's anbud, lagt till ytterligare krav på funktionalitet som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Att begreppet "eller likvärdigt" har använts i samband med angivande av varumärket Equitrac Office förändrar inte detta. De krav som anges i utvärderingsprotokollet har således inte kunnat förutses utifrån förfrågningsunderlaget, varför Domstolsverket handlat i strid med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om öppenhet. Hade dessa funktioner efterfrågats i förfrågningsunderlaget, hade Toshiba utformat sitt anbud och däri offererade lösningar på ett annat sätt.

Som Domstolsverket uppställt kravet på Equitrac Office eller likvärdigt strider mot annan lagstiftning, som exempelvis immaterialrätten, vilket medför att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Domstolsverkets handlande i strid med ÄLOU, och upphandlingsrätten i övrigt, har gett upphov till att Toshiba riskerar att lida skada.

Domstolsverket

Equitrac Office funktioner är så många och tekniska att en kravspecifikation som beskrev varje egenskap och funktion i detalj hade medfört en allt för omfattande dokumentation. Upphandlingen hade på så vis blivit oöverskådlig, inte transparent och med en överhängande risk för att leverantörer avstår från att lämna anbud. Equitrac Office är en i branschen mycket välkänd produkt, vilket gör det enkelt för anbudsgivare att förstå vad som efterfrågas. Hade det räckt med de tio funktioner som Toshiba hänvisar till hade Dom-

stolsverket givetvis aldrig uppställt krav på att maskinerna ska kunna anslutas till programvaran Equitrac Office eller likvärdig.

Kravet på programvaran, Equitrac eller likvärdigt, är ett självständigt krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och anges i ett eget stycke. De sju krav som anges därefter är krav på hårdvaran och i vilka delar den ska kunna kopplas till mjukvaran. De utgör inte någon uttömmande uppräkningslista av kraven på mjukvaran.

Den av Toshiba offererade mjukvaran är emellertid inte likvärdig med Equitrac Office. En produkt som helt saknar vissa funktioner kan inte anses vara likvärdig med Equitrac Office. De funktioner som den av Toshiba offererade produkten saknar, vilka närmare specificerats i utvärderingsprotokollet, är även väsentliga. Domstolsverket skulle således bryta mot likabehandlingsprincipen om Toshiba tilldelades kontrakt, trots att den offererade produkten inte funnits vara likvärdig med Equitrac Office. Verket har därför rätteligen förkastat Toshibas anbud, då det inte uppfyller ska-kravet på att samtliga MFP-maskiner ska kunna anslutas till programvaran Equitrac Office eller likvärdig.

Att provleverans (tester av samtliga produkter) skulle genomföras för att säkerställa att samtliga produkter och tjänster uppfyller ställda ska-krav har därtill tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. Under testperioden har dialog mellan bolaget och Domstolsverket förts avseende hur testningen av produkten framskridit. Avsaknaden av viktiga funktioner påtalades för Toshiba, som inte har kunnat justeras eller läggas till under provleveransen – trots att bolaget har getts möjlighet till detta. Sammanfattningsvis har Domstolsverket utvärderat Toshibas anbud på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget samt har endast beaktat de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Någon brist på transparens, förutsägbarhet eller öppenhet föreligger därför inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. ÄLOU ska därför tillämpas i målet.

Enligt 1 kap. 9 § ÄLOU 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 § ÄLOU anges följande. De tekniska specifikationerna får inte 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 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 § ÄLOU 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 § ÄLOU 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 upphandlingsmål gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

Den första fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det har varit tillåtet för Domstolverket att i förfrågningsunderlaget hänvisa till produkten Equitrac Office eller likvärdigt. En sådan hänvisning torde nästan alltid leda till att vissa företag gynnas eller missgynnas och så får anses ha varit fallet även i nu aktuell upphandling. Frågan är då om det har varit möjligt för Domstolverket att beskriva produkten tillräckligt preciserat och begripligt utan att använda hänvisning till en viss produkt.

Hänvisning till varumärke får endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt. Det som avses är situationer när en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning är att underlätta för leverantörerna att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att de därmed kan utforma sina anbud så att de motsvarar myndighetens behov (jfr prop. 2006/07:128 s. 193 f). Kammarrätten i Jönköping har i dom den 10 oktober 2016 i mål nr 921-16 uttalat bl.a. att för att en hänvisning till ett varumärke ska vara tillåten bör det krävas att den gör det mer tydligt och begripligt för anbudsgivarna vad som efterfrågas.

Domstolsverket har anfört att produktens funktioner är så många och tekniska att en kravspecifikation hade blivit alltför omfattande och medfört att upphandlingen inte hade blivit transparent. Verket har vidare gjort gällande att produkten Equitrac Office är välkänd och att hänvisningen har gjort det enkelt för anbudsgivare att förstå vad som efterfrågas. Uppgiften att det är fråga om en i branschen välkänd produkt har inte motsagts av Toshiba. Med hänsyn till den typ av produkt det är fråga om bedömer Förvaltningsrätten att en uttömmande beskrivning av dess funktioner och egenskaper hade blivit så omfattande och detaljerad att den inte hade beskrivit produkten på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt. Hänvisningen till Equitrac eller likvärdigt får anses ha bidragit till att bättre förklara för anbudsgivarna vad som efterfrågades. Hänvisningen till produkten strider därför inte mot LOU.

Härefter tar förvaltningsrätten ställning till vilka krav på follow me print-funktionen som ställs i förfrågningsunderlaget och om dessa krav framgår tillräckligt tydligt. Toshiba gör gällande att de enda krav som ställs på follow me print-produkten är de sju funktioner som anges i fjärde stycket i flik 9 i kravspecifikationen. Domstolsverket anser att det av nämnda flik framgår att produkten ska vara likvärdig med Equitrac Office och att kravet på produkten inte är begränsat till de sju ovan nämnda funktionerna. Avgörande vid bedömningen är vad en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha förstått.

Under flik 9 i kravspecifikationen har kravet på likvärdighet med Equitrac Office ställts i ett eget stycke. Även om det inte klart anges vad som avses med de sju funktioner som listas längre ner i samma flik, får det anses framgå tillräckligt tydligt att kravet på en med Equitrac Office likvärdig produkt är ett självständigt krav. Förvaltningsrätten anser därför att förfrågningsunderlagets utformning inte strider mot principen om transparens på det sätt som Toshiba gör gällande. Med hänsyn till kravet på likvärdighet med Equitrac Office har Domstolsverket haft fog för att ställa krav utöver de

sju funktioner som anges i fjärde stycket i flik 9 i kravspecifikationen. Parterna är överens om att den av Toshiba offererade produkten saknar de tre funktioner som Domstolsverket har anmärkt på vid anbudsutvärderingen och att funktionerna finns i Equitrac Office. Domstolsverket måste vid bedömningen och utvärderingen av om offererad produkt är likvärdig ges ett visst utrymme, under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Det saknas anledning att ifrågasätta Domstolsverkets uppgifter om att de tre funktionerna som Toshiba's produkt saknar är väsentliga. Domstolsverket har därmed gjort rätt i att inte godta Toshiba's anbud.

Förvaltningsrätten anser inte att det uppställda kravet på Equitrac Office eller likvärdigt, eller Domstolsverkets tillämpning av det, strider mot proportionalitetsprincipen därför att det är oförenligt med immaterialrätten eller annan lag.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Domstolsverket inte har agerat i strid mot bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten. Toshiba's ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Erik Hannus

Förvaltningsrättsfiskalen Erik Hannus har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Jenny Wood.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.