



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-11-10
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 19684-14
 19836-14

SÖKANDEN

1. Swedish Net Communication AB, 556690-3737 (mål nr 19684-14)
 Kyrkofallet 238
 694 91 Hallsberg

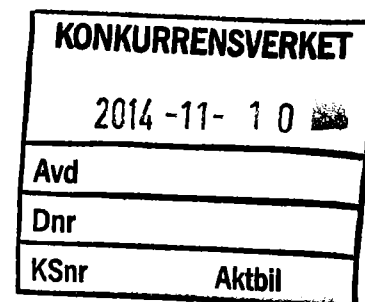
2. Svensk Konstruktionstjänst AB, 556622-0611 (mål nr 19836-14)
 Täbyvägen 77
 187 46 Täby

MOTPART

Försvarets materielverk
 115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Swedish Nets ansökan och beslutar att FMV:s upphandling benämnd *Sökutrustning sats*, dnr 378423 AI866345, ska göras om.

Förvaltningsrätten lämnar Svensk Konstruktionstjänst AB:s ansökan utan åtgärd.

Dok.Id 540165

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

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling benämnd *Sökutrustningsats*, dnr 378423 AI866345. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. Av tilldelningsbeslut daterat den 15 augusti 2014 framgår att FMV har beslutat att ingå avtal med Promoteq i Sandviken AB (Promoteq).

Swedish Net Communication AB (Swedish Net) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas genom att FMV vid ny utvärdering beaktar Swedish Nets anbud. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Svensk Konstruktionstjänst AB (SveKon) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Promoteq ska förkastas.

FMV bestrider bifall till Swedish Nets ansökan. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att FMV brutit mot någon av de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i LUFSS och detta anses ha medfört att Swedish Net har lidit eller kan komma att lida skada, yrkar FMV att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. FMV medger SveKons talan och hemställer att förvaltningsrätten beslutar om rättelse i form av en ny anbudsutvärdering. FMV hemställer vidare om att ansökningarna handläggs gemensamt.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Swedish Net anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Grunder för förstahandsyrkandet

Felaktig diskvalificering

Av utvärderingsprotokollet i upphandlingen framgår att fyra anbudsgivare inkommit med anbud, varav Swedish Net vid utvärderingen erhållit det lägsta utvärderingspriset. Enligt FMV har dock anbudet från Swedish Net inte uppfyllt skall-kravet i TR 12 i den tekniska specifikationen. FMV har ansett att anbudet inte uppfyllt kravet dels vad gäller sökhuvudets diameter, dels vad gäller inspelningsbar funktion. Detta är dock felaktigt; Swedish Net har uppfyllt samtliga uppställda krav.

I den tekniska specifikationen framgår att utrustning som är nummersatt i FREJ88 kommer att väljas i första hand. Såvitt gäller videoskopet har ett specifikt nummer i FREJ88 angetts. FREJ88 är ett materialpublikationsregister, i vilket FMV för in produktdataregistreringar. Kravet i TR 12 utgår också från FREJ88 och kraven anges genom att M-nummerreferens finns. I förfrågningsunderlaget har beträffande videoskop föreskrivits följande.

3.2 Videoskop (Endoskop)

Videoskop skall vara M2709-811011 VIDEOENDOSKOP /T eller motsvarande.

Det enda som anges i TR 12 är en referens till M2709-811011 eller motsvarande.

Beträffande det angivna numret M2709-811011 anges i FREJ endast krav på videoskop med tillbehör i två väskor, längd och vikt m.m. Swedish Nets

anbud uppfyller dessa krav. Det finns i kravet inte angivet någon viss diameter för sökhuvudet eller att det ska finnas inspelningsbar funktion på videoskopet. Inte någonstans i den tekniska specifikationen, genom referensen till FREJ med M-numret eller i FREJ88 M2709-811011, framgår de krav som Swedish Net inte ansetts uppfylla.

FMV kan inte i efterhand påstå att ett annat referensnummer gäller eller annars tillägga krav i tekniska specifikationer. Eftersom några krav vad gäller sökhuvudets diameter eller inspelningsbar funktion på videoskop inte angetts i förfrågningsunderlaget eller i FREJ under det angivna numret kan diskvalificering inte ske på grund av att ett anbud inte uppfyller dessa krav.

Vid telefonkontakt med FMV har framkommit att de tekniska kraven som FMV refererar till, såvitt gäller videoskop, avser utrustning som omfattas av ett annat M-nummer. Numreringen är viktig för att anbudsgivarna ska kunna förstå vilka krav som avses. FREJ88 är en otroligt omfattande databas och en anbudsgivare kan inte, utan att det tydligt anges i kravet, förstå att annat nummer ska tillämpas. Någon referens till annat nummer finns inte i förfrågningsunderlaget eller annars i anvisningarna. Under alla förhållanden har av Swedish Net offererad utrustning varit "motsvarande". Diskvalificeringen av Swedish Nets anbud är därför felaktig.

FMV:s referens i den tekniska specifikationen ska motsvaras av innehållet i FREJ88. Det innebär att referensen i M-numret i databasen är otroligt viktig. Databasen innehåller ett otroligt stort antal artiklar, troligen ett sexsiffrigt antal. De enda kraven som har omfattat videoskopet är de som framgår i punkten 2.2. i förfrågningsunderlaget och referensen till det aktuella artikelnumret M2709-811011. FMV kan inte förutsätta att anbudsgivare, utan att M-nummerreferens finns, känner till innehållet i databaserna. Någon hänvisning till M-numret som avslutades med 10 finns inte i för-

frågningsunderlaget, utan endast det som framgår av M-numret som slutar med 11. Det är enbart krav som framgår av detta aktuella nummer som ska beaktas. Tillbehörslistan och de krav som följer med de nu angivna tillbehören framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Grunder för andrahandsyrkandet

Otydligt förfrågningsunderlag

I efterhand har FMV uppgett att ett annat M-nummer än vad som angetts i förfrågningsunderlaget anger linsdiameter och inspelningsbar funktion. Om det på något sätt ska förstås av förfrågningsunderlaget är det så otydligt beskrivet att upphandlingen måste göras om. Anbudsgivarna måste ges en rimlig möjlighet att förstå vilka krav som gäller för att kunna avge ett riktigt anbud. När förfrågningsunderlaget är så otydligt riskerar Swedish Net att lida skada, eftersom anbuderna på grund av att de tekniska kraven inte varit tillräckligt tydliga angetts på olika förutsättningar. Detta strider mot transparensprincipen.

SveKon anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören måste uppfylla vissa krav avseende miljöarbete och miljöledningssystem. Av Promoteqs anbud framgår att bolaget inte uppfyller dessa krav. Promoteqs anbud borde därför rätteligen ha förkastats av FMV.

FMV anför till stöd för sin inställning i målen bl.a. följande.

Swedish Nets ansökan

Förfrågningsunderlagets utformning m.m.

I syfte att skapa en enhetlig uppsättning utrustning är Försvarmakten sedan år 2006 skyldig att värdera sina beredskapsvaror i lager i ett särskilt produktregister benämnt FREJ88. Varje produkt som inrapporteras i FREJ88 tilldelas ett unikt "M-nummer" som därefter lagras i en databas. Både enskilda komponenter och kompletta satser kan registreras och tilldelas ett M-nummer.

För att förenkla för anbudsgivarna är det sedan länge vedertagen praxis att FMV hänvisar till M-nummer vid de fall myndigheten genomför en upphandling av sådan utrustning som redan finns registrerad i FREJ88. På så vis kan anbudsgivarna genom en enkel sökning på M-numret få tillgång till detaljerad information – såsom vikt, mått, antal, beståndsdelar m.m. – om den efterfrågade komponenten eller satsen.

Förfrågningsunderlaget innehåller samtliga förutsättningar och krav för upphandlingen. Till förfrågningsunderlaget hör fyra bilagor (A-D) som utvisar vilka tekniska krav som anbudena måste uppfylla. Bilagan A utgör en s.k. teknisk specifikation och bilagan D innehåller ritningar som bl.a. utvisar vilka mått söksatsen måste ha.

Enligt avsnitt 2.2 i bilaga A ska utrustningen bl.a. innehålla ett videoskop. Ett videoskop är ett inspektionsinstrument som kan användas för att visa vad som finns inne i eller bakom ett objekt i svåråtkomliga utrymmen och består bl.a. av ett kamerahuvud som är fastmonterad längst fram på en sond.

Enligt avsnitt 3.2 i samma bilaga ska videoskopet motsvara M2709-811011 VIDEOENDOSKOP /T. Eftersom upphandlingen inte avser enskilda komponenter utan kompletta satser bestående av komponenter, har FMV valt att hänvisa till M-nummer som avser satser. M2709-811011 avser följaktligen en sats bestående dels av ett videoskop, dels av olika tillbehör till detta. Detta innebär att videoskopet och varje tillbehör har separata M-nummer, vilka mycket tydligt framgår vid en sökning i FREJ88 på satsnumret, dvs. M2709-811011. Av tillbehörslista framgår att videoskopet har M-nummer M2709-811010 och av produktbeskrivningen för detta nummer framgår att referensmodellen utgörs av en XL VU VIDEOPROBE. Slutligen framgår det av avsnitt 3.3 i bilaga A dels att videoskopets kamerahuvud ska kunna föras in i kilen enligt måtten på skissen på sida 6 i bilaga D (9 mm), dels att hålet i hålpipen på sida 7 i bilaga D ska vara tillräckligt stort för att rymma videoskopets kamerahuvud (8 mm).

Swedish Nets anbud uppfyller inte de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget

Enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget får kamerahuvudet på det efterfrågade videoskopet inte ha en diameter som överstiger 8 mm, eftersom det då inte vore förenligt med måtten i skissen i bilaga D. Det videoskop som Swedish Net offererat har ett kamerahuvud som har en diameter om 17 mm och är därmed för stort. Swedish Nets anbud uppfyller således inte de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget i den här delen.

Till skillnad mot det av Swedish Net offererade videoskopet möjliggör XL VU VIDEOPROBE för användaren att lagra videoinspelningar och innehåller således en inspelningsfunktion. Denna egenskap är avgörande för att videoskopet ska kunna användas ändamålsenligt av Försvarmakten. Det videoskop som Swedish Net offererat kan därför inte anses motsvara XL

VU VIDEOPROBE, varför anbudet inte heller i övrigt uppfyller de tekniska krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis har FMV varken lagt till några tekniska krav eller påstått att annat referensnummer gäller. Swedish Net har till sin ansökan om överprövning bifogat ett utdrag från förnödenhetsregistret vari det framgår att den utrustning som M2709-811011 refererar till består av sexton beståndsdelar, väger 8 kg och har dimensionen 63 x 50 x 22 cm. Av detta följer att produkten som avses omöjligt kan vara ett videoskop utan snarare en sats bestående av flera komponenter. Detta borde rimligen ha föranlett Swedish Net att undersöka vilka komponenter som avses – något som för övrigt de övriga anbudsgivarna lyckats med – alternativt kontakta FMV och be om ett klargörande.

Rättens val av åtgärd vid bifall till ansökan

Om förvaltningsrätten finner att det finns skäl för ingripande enligt LUFSS anser FMV att förfrågningsunderlaget uppenbarligen inte har varit förenligt med transparensprincipens krav på klarhet och tydlighet och att anbudsgivarna därmed inte getts samma förutsättningar för anbudsgivning. En sådan brist kan endast läkas genom att upphandlingen görs om.

SveKons ansökan

FMV medger SveKons talan på de skäl som bolaget har anfört i sin ansökan och hemställer att förvaltningsrätten beslutar om rättelse i form av en ny anbudsutvärdering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter eller enheter ska enligt 1 kap. 11 § LUFSS 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.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § samma lag, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Swedish Net har i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att bolagets anbud ska tas med i utvärderingen. I andra hand har Swedish Net yrkat att upphandlingen ska göras om. Swedish Net har till stöd för sitt andrahandsyrkande gjort gällande att förfrågningsunderlaget varit så pass otydligt utformat att det strider mot transparensprincipen. SveKon har yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Promoteq ska förkastas.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte

påverkat upphandlingens konkurrenssökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis de brister som åberopats som hänför sig till det konkurrenssökande skedet i upphandlingen.

Strider förfrågningsunderlaget mot transparensprincipen?

Anbudet från Swedish Net har inte gått vidare till utvärdering på grund av att FMV ansett att anbudet inte uppfyllt krav som uppställts avseende videoskop. Enligt FMV har det videoskop som Swedish Net offererat varken uppfyllt krav avseende viss diameter på sökhuvudet eller krav avseende inspelningsbar funktion. Swedish Net menar att det i förfrågningsunderlaget inte angetts några sådana krav. Förvaltningsrätten har, med anledning av vad Swedish Net anfört, att pröva om det av förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt framgår att offererade videoskop ska ha viss diameter på sökhuvudet samt inspelningsfunktion.

Enligt vad som framkommit i målet har Försvarsmakten upprättat ett särskilt produktregister benämnt FREJ88, i vilket varje produkt som inrapporteras tilldelas ett specifikt "M-nummer". Enligt FMV är det en vedertagen praxis att FMV hänvisar till M-nummer i de fall myndigheten genomför en upphandling av utrustning som finns registrerad i FREJ88.

Av bilaga A i förfrågningsunderlagets framgår att den i upphandlingen efterfrågade utrustningen bl.a. ska innehålla ett videoskop och att videoskopet ska vara "M-2709-81011 VIDEOENDOSKOP /T eller motsvarande". I avsnitt 3.3 *Införingskil och hålpipa* i samma bilaga anges bl.a. följande. "En flat L-formad kil. Den skall användas för att kunna föra in videoskopets optikfiber exempelvis genom en dörrspringa. Mått enligt skiss. Se bilaga D. Spåret i kilen skall vara tillräckligt stor för att rymma Videoskopets sökhuvud. En rund hålpipa. Den skall användas för att föra

in videoskåpets optikfiber exempelvis genom en vägg eller dörr av trä. Mått enligt skiss. Se bilaga D. Hålet i hålpipan skall vara tillräckligt stort för att rymma Videoskopets sökhuvud.

Av utredningen i målet framgår att det referensnummer som FMV har hänvisat till i förfrågningsunderlaget (M2709-811011) avser en komplett sats och inte en enskild komponent. Det har vidare framkommit att videoskopet som tillhör denna sats har ett annat referensnummer (M2709-811010) och att FMV anser att ett offererat videoskop för att uppfylla kraven i upphandlingen ska bestå av denna referensmodell eller en motsvarande.

Förvaltningsrätten finner att det, genom den hänvisning som gjorts i förfrågningsunderlaget till ett referensnummer som avser en sats och inte ett videoskop, inte på ett tydligt sätt har framgått att det i upphandlingen uppställts ett krav avseende viss diameter på sökhuvudet eller krav på inspelningsfunktion. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte för en rimligt informerad leverantör ha varit tydligt att FMV, genom den gjorda hänvisningen, avsett ett videoskop med annat referensnummer. Även om det av en skiss i en annan del i förfrågningsunderlaget går att utläsa att videoskopets kamerahuvud inte får ha en diameter som överstiger 8 mm, anser förvaltningsrätten att detta inte har angetts så pass tydligt att det uppväger den otydlighet som har uppkommit genom hänvisningen till ett referensnummer som inte motsvarar ett videoskop. Förvaltningsrätten anser därför, vid en sammantagen bedömning, att förfrågningsunderlaget inte har utformats på ett tillräckligt tydligt sätt i fråga om vilka krav som uppställs för videoskop. Mot bakgrund härav får upphandlingen anses brista i transparens.

På grund av denna konstaterade brist i upphandlingen vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att FMV brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS. Förvaltningsrätten

finner vidare att Swedish Net har visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd härav. Grund för ingripande enligt LUFSS finns därför. Då felaktigheten har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Övriga invändningar

Förvaltningsrätten har med anledning av vad Swedish Net anfört angående brister i förfrågningsunderlaget funnit att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att pröva de övriga grunder som Swedish Net anfört till stöd för sin talan. Det saknas vidare, vid denna utgång, skäl att pröva SveKons invändningar mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Ulrika Melin

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 rättslämningen 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 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.