



SÖKANDE

Misco AB, 556442-1435

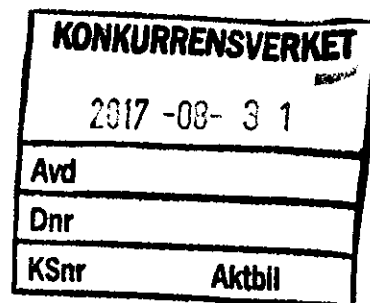
Ombud: Advokaten David Hertzman
Jur. kand. Carl Gärde
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

MOTPART

Ekerö kommun
Box 205
178 23 Ekerö

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Misco AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 858131

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

YRKANDEN M.M.

Ekerö kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende datorutrustning (dnr. KSUH17/6). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) med ekonomiskt mest fördelaktigt anbud som utvärderingsgrund. I tilldelningsbeslut den 3 maj 2017 har kommunen beslutat att anta anbud från Atea Sverige AB (Atea).

Misco AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Atea ska förkastas eftersom det inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. kvalificeringskrav, i de administrativa föreskrifterna avsnitt 1.1-1.7 och avsnitt 4.1. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Kommunen borde ha diskvalificerat anbudet från deltagande i utvärderingen. Eftersom kommunen brustit genom att anta Ateas anbud lider bolaget betydande skada då det inte får utföra uppdraget.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Eftersom Atea uppfyller samtliga uppställda krav, och har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har Atea rätteligen tilldelats kontrakt. Bolaget har inte lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (4 kap. 1 § LOU)

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 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs

också att det visas att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågor i målet är om Ateas anbud uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten, punkterna 1.1–1.7 och 4.1 i utvärderingsmodellen, och om kommunens begäran om förtydligande varit korrekt och inom ramen för bestämmelserna i 4 kap. 9 § LOU.

Bolaget gör gällande att kommunen har frånfallit de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten, avsnitt utvärderingsmodell, punkterna 1.1–1.7, genom att anta Ateas anbud eftersom Atea inte har specificerat modell eller konfiguration för de erbjudna datorerna i anbudet. Genom att hänvisa till flera olika modeller och konfigurationer har Atea inte visat att det erbjuder produkter som uppfyller kraven. Därigenom skapas en otillbörlig konkurrensfördel då större flexibilitet erhålls för prissättning. Den omständigheten att kommunen begärt ett förtydligande av Ateas anbud visar att även kommunen ansett att anbudet brister i kravuppfyllelse.

Kommunen invänder att den inte har ställt något krav på att specificera modell. I upphandlingsdokumenten, avsnitt utvärderingsmodell i punkterna 1.1–1.7 har kommunen specificerat vilka olika tekniska krav som erbjudna datormodeller ska uppfylla. Det gemensamma krav som finns under samtliga punkter lyder ”beskriv erbjuden produkt nedan eller hänvisa till bifogat dokument”. Atea har i sitt anbud hänvisat till bifogade dokument som tydligt beskriver de produkter som tillhandahålls och vilka tekniska krav vardera produkt uppfyller. Atea uppfyller kraven i punkterna 1.1–1.7 genom bifogade dokument.

I upphandlingsdokumenten, avsnitt utvärderingsmodell, punkterna 1.1-1.7 anges i samtliga punkter följande: ”Ange pris per styck och beskriv erbjuden produkt nedan eller hänvisa till bifogat dokument. Pris ska anges för en (1) st.”

Förvaltningsrätten finner i likhet med kommunen att det i punkterna 1.1-1.7 inte uppställs något krav på att ange vilken specifik datormodell eller konfiguration som erbjuds, såsom bolaget gör gällande. Atea har i sitt anbud vid varje punkt angett "se bifogad specifikation" samt angett ett pris per styck. Till anbudet har Atea bifogat sju dokument med spec. prisfråga 1.1, etc. I varje bifogat dokument anges beskrivningar av flera datormodeller samt tekniska specifikationer för varje datormodell. Bolaget har inte visat att de datormodeller som Atea angett i de bifogade dokumenten inte uppfyller kraven som uppställs i punkterna 1.1-1.7. Eftersom Atea har angett pris per styck i sitt anbud under varje enskild punkt, har Atea inte heller getts någon konkurrensfördel eller flexibilitet beträffande priset.

Bolaget menar också att Ateas anbud särbehandlats eftersom Atea har tillåtits komplettera anbudet med uppgifter om vilka modeller som erbjuds efter sista anbudsdag. I Ateas förtydligande till kommunen anges vilka modeller som erbjuds, men inte vilken konfiguration som modellerna är utrustade med. Förtydligandet står i strid med likabehandlingsprincipen eftersom Atea har fått ge in en beskrivning som innebär att materiella uppgifter har tillagts trots att sista anbudsdagen passerat. Även om förtydligandet skulle anses vara tillåtet strider kommunens antagande av Ateas anbud mot likabehandlingsprincipen. Det är hård konkurrens mellan leverantörer och prissättningen beror till stor del på priserna som växlar beroende på produkternas modell och konfiguration. Om en anbudsgivare tillåts hålla någon av dessa parametrar öppna gentemot kunden ges möjlighet att hitta modell- och konfigurationskombinationer med lägre pris än det som fås för en bestämd modell och konfiguration. Anbudsgivare kan därför inte konkurrera på lika villkor.

Kommunen anför att en begäran om förtydligande skickades till Atea den 26 april 2017 för att klargöra vilken datormodell som erbjudits för varje prisfråga. Atea förtydligade sitt anbud genom att bifoga en tabell över de datormodeller som erbjuds för respektive prisfråga. Förtydligandet konkretiserar endast uppgifterna som tidigare lämnats i anbudet och har inte

medfört att några nya materiella uppgifter tillkommit. Förtydligandet har därför skett enligt 4 kap. 9 § första stycket LOU. Då övriga anbudsgivare redan lämnat specifika datormodeller i sina anbud har likabehandlingsprincipen inte heller trätts för när.

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, fehräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 9 § LOU). Denna möjlighet ska dock tillämpas restriktivt (se tidigare prop. 2006/07:128 s. 377 och EU-domstolens dom den 29 mars 2012 i mål C-599/10). Anbud som helt saknar vissa uppgifter som anges som kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget kan inte kompletteras med sådana uppgifter efter anbudstidens utgång utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det strider mot de grundläggande principerna att försöka komplettera ett icke uppfyllt kvalificeringskrav efter att tilldelningsbeslut fattats (Kammarrättens i Jönköping dom den 25 september 2009 i mål nr. 2467-09 och Kammarrättens i Göteborg dom den 20 mars 2009 i mål nr. 7714-08).

Förvaltningsrätten konstaterar att förtydliganden och kompletteringar generellt bör tillämpas restriktivt, men anser att kommunen haft fog för att inhämta ett förtydligande av Ateas anbud i detta fall. Enligt förvaltningsrättens mening har det genom förtydligandet inte tillförts några nya materiella uppgifter som varit nödvändiga för att uppfylla kraven i punkterna 1.1-1.7. Atea preciserar endast vilken specifik datormodell som erbjuds för varje prisfråga, av de modeller som redan fanns angivna i bifogade dokument till anbudet. Enligt kommunen har de övriga anbudsgivarna redan i sina anbud har angett vilken datormodell som erbjuds. Något behov av att begära in förtydliganden från övriga anbudsgivare har således inte förelegat. Förvaltningsrätten anser därmed att det som bolaget har anfört inte visar att förtydligandet var otillåtet enligt

bestämmelserna i 4 kap. 9 § LOU eller att kommunens agerande i denna del skulle strida mot principerna om öppenhet och likabehandling.

Bolaget gör även gällande att Ateas anbud inte uppfyller kravet i punkten 4.1 i upphandlingsdokumenten att läsplatta iOS ska vara senast lanserad modell. Atea har erbjudit läsplattan Apple iPad Air 2, som lanserades den 16 oktober 2014. Emellertid har den senare modellen Apple iPad Pro 9,7 lanserats den 21 mars 2016. Den omständigheten att minneskapacitet om 32 GB tillkom för Apple iPad Air 2 under september 2016 innebär inte att denna är senare lanserad än Apple iPad Pro 9,7. Så som kravet lyder kan inte olika undergrupper av samma modellfamilj (iPad) utgöra individuella modeller. Den allra senaste modellen av iPad lanserades den 21 mars 2017, men den uppfyller inte viktkravet i upphandlingen.

Kommunen anför att anbudsgivare i upphandlingsdokumenten, avsnitt utvärderingsmodell punkten 4.1, ombeds lämna pris på läsplatta iOS. Ett av kraven var att "läsplattan ska vara av senast lanserade modell". Kommunen efterfrågar inte någon specifik modell eller modellserie utan endast en läsplatta iOS 32 GB som uppfyller uppräknade tekniska funktioner och som är av senast lanserad modell. Under anbudstiden hade Apple två modeller som uppfyller de ställda tekniska kraven, iPad Pro 9,7 och iPad Air 2 32 GB. Den senast lanserade modellen i serien iPad Air 2 är iPad Air 2 32 GB, som lanserades i september 2016. Modellen iPad Pro 9,7 lanserades i mars 2016, således tidigare än iPad Air 2 32 GB. Atea har erbjudit läsplattan iPad Air 2 32 GB. Av Ateas anbud framgår dels att modellen uppfyller samtliga tekniska krav som ställs i punkten 4.1, och dels att den avser den senast lanserade modellen av iPad Air 2. Atea uppfyller således kravet i punkten 4.1 i utvärderingsmodellen.

I upphandlingsdokumenten, avsnitt utvärderingsmodell, punkten 4.1, ombeds anbudsgivare att lämna pris på läsplatta iOS. Ett av kraven är att "läsplattan ska vara av senast lanserade modell".

Förvaltningsrätten finner i likhet med kommunen att det i punkten 4.1 inte uppställs något krav på en specifik modell eller modellserie. Det anges endast att det efterfrågas en läsplatta iOS 32 GB som uppfyller uppräknade tekniska funktioner och som är av senast lanserad modell. Bolaget har inte ifrågasatt att den av Atea erbjudna iPad Air 2 32 GB inte uppfyller de specificerade tekniska kraven. Såsom kommunen har anfört uppfyller den erbjudna läsplattan också kravet på senast lanserade modell, eftersom iPad Air 2 32 GB var den senast lanserade modellen av iPad Air 2 vid tidpunkten för anbudsfrågan. Skäl att förkasta Ateas anbud på denna grund föreligger därför inte heller.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det som bolaget har anfört beträffande Ateas anbud inte visar att kommunen har agerat i strid med LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte. Bolaget kan därmed inte heller anses ha lidit eller riskera att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Haïke Degenkolbe

Rådman

Camilla Källmén har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

