



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Maria Persson

**DOM**  
 2010 -04- 29  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 3704-10 E

2010 -05- 05	
Ans	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SÖKANDE**  
 Preagera AB, 556710-3360  
 Jägersrovägen 160  
 212 37 Malmö

Ombud: Robert Ågren  
 Adress som ovan

**MOTPART**  
 Malmö stad  
 205 80 Malmö

**SAKEN**  
 Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

---

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår såväl Preagera AB:s yrkande om inhämtande av yttrande i målet från Konkurrensverket som bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU.

Dok.Id 4096

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Malmö stad genomför en upphandling avseende AV-utrustning, skrivtavlor och interaktiva skrivtavlor inklusive installationstjänster. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 4 januari 2010 har Malmö stad antagit AB Tabula som leverantör.

Yrkanden

Preagera AB (Preagera) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att denna ska göras om samt att det interimistiskt förordnas att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Preagera yrkar även att förvaltningsrätten inhämtar yttrande i målet från Konkurrensverket.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan.

Rättens tidigare beslut i målet

Rätten har i beslut den 19 januari 2010 uttalat att Preageras yrkande om interimistiskt förordnande inte föranleder någon åtgärd. Som skäl härför angavs att rätten på talan av annan leverantör, genom beslut den 13 januari 2010 i det målet (Länsrättens i Skåne län mål nr 287-10; numera Förvaltningsrättens i Malmö mål nr 3569-10), redan förordnat att Malmö stad inte får avsluta den aktuella upphandlingen innan något annat har beslutats.

## DOMSKÄL

### Relevanta 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 6 kap. 4 § LOU följer att de tekniska specifikationerna inte får 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. Av andra stycket följer att sådana uppgifter och hänvisningar dock får 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 9 kap. 7 § andra stycket LOU anges att försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyr-

kas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av handelskammare utsedd person närvara.

**Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget**

I bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, kravspecifikation och prissättning, anges under rubriken *Steg 3 Utvärdering* att följande utvärderingskriterier och viktning kommer att tillämpas:

- Pris 40-50 %
- Användarvänlighet av interaktiv skrivtavla 20-30 %
- Samarbete/arbetssätt 20-30 %

**Frågan om det är oförenligt med LOU att i annonsen eller i förfrågningsunderlaget inte ange tid, plats och datum för anbudsöppning**

*Parternas argumentering*

**Preagera:** I meddelandet om upphandling har angetts att anbudsgivare inte får delta i anbudsöppningen. Detta strider i sig inte mot LOU men EG-domstolen har i mål C-359/93 (Kommissionen mot Nederländerna) uttalat att information om tid, plats och datum för anbudsöppnande är obligatorisk information. En anbudsgivare har emellertid en lagstadgad rätt att skicka en representant från handelskammaren för att närvara vid anbudsöppningen. Preagera hade inte gärna kunnat sända en begäran till handelskammaren utan att få ta del av när anbudsöppningen skulle ske. Det ligger inte på leverantören att ställa frågor för att klargöra sådana brister. Inte minst då det kan förhålla sig som så att önskan om att skicka en representant till anbudsöppning kan uppstå efter den tidsperiod då kompletteringar och förfrågningar är möjliga samt efter anbudets inlämnande men innan anbudsöppningen. Ett förtydligande vid en sådan tidpunkt skulle dessutom leda till att principen om likabehandling överskreds. Genom att underlåta att

lämna sådan information har Malmö stad brutit mot principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering och därmed undanhållit Preagera rätten att säkerställa att anbudsöppnandet har skett på ett korrekt sätt.

**Malmö stad:** Anbudsöppningen har varken kommenterats i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Av 9 kap. 7 § LOU framgår inte att plats och tid för anbudsöppnande ska anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Malmö stad annonserar via Allego AB:s annonseringsdatabas och det finns då möjlighet att fylla i s.k. icke-obligatorisk information. Om svarsfältet inte fylls i ser svarsfältet blankt och tomt ut. När Allego vidareänder annonsen till databasen sker en konvertering som medför att ett blankt och icke ifyllt svarsfält under rubriken anbudsöppning tolkas som ”nej”. Svaret ”nej” utgör inget relevant svar på frågan ”Personer som får närvara vid öppnandet av anbudet”. Om Preagera har tolkat detta svar som att någon representant från handelskammaren inte skulle ges möjlighet att delta i anbudsöppningen är det en felaktig tolkning. Den korrekta tolkningen borde ha varit att personer som kommer att närvara vid anbudsöppningen inte har redovisats av den upphandlande myndigheten. Även om datum, tidpunkt och plats för anbudsöppning skulle ha publicerats genom den aktuella annonsen hade Preagera behövt informera Malmö stad om att en representant från handelskammaren skulle närvara under anbudsöppningen. Någon sådan begäran har inte framställts av Preagera. Den information som redovisats i upphandlingen avseende anbudsöppning har varit förenlig med LOU och principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Preagera har i aktuell upphandling lämnat ett anbud som har utvärderats. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrätten har Preagera inte förmått visa att man har lidit eller kan komma att lida

skada genom att datum, tidpunkt och plats för anbudsöppning inte har angetts i annonsen. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva Preageras invändningar vad gäller om Malmö stad har åsidosatt principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering.

*Frågan om Malmö stads krav på att offerera specifika projektormodeller strider mot 6 kap. 4 § LOU*

*Parternas argumentering*

**Preagera:** Malmö stad har i förfrågningsunderlaget begärt att vissa specifika modeller från vissa specifika tillverkare av projektorer ska offereras samt har vid förtydligande kommunikation angett att inga övriga modeller eller tillverkare accepteras. Detta strider mot kravet på fri konkurrens och hindrar varors fria rörlighet på den gemensamma marknaden. Tekniska specifikationer får inte innehålla uppgifter om varumärke. I 6 kap. 4 § LOU anges att en referens till bl.a. specifika varumärken inte är tillåtet annat än i undantagsfall. Avsteg från huvudregeln kan endast göras om det inte går att definiera upphandlingsföremålet på annat sätt än genom att ange ett specifikt varumärke. Även om projektorer inte kan beskrivas på annat sätt än genom angivande av fabrikat och modell ska de åtföljas av benämningen "eller likvärdigt". Projektorer har dock gott om standardiserade specifikationer för att beskriva prestanda såsom för ljudnivå, ljusstyrka, bildupplösning, kontrast etc. Det finns därmed ingen anledning att göra avsteg från huvudregeln i LOU. Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU måste tolkas i ljuset av principen om varors fria rörlighet. De flesta andra upphandlande enheter har funnit det möjligt att definiera projektorer i form av funktions- och prestandakrav. Genom att hindra importflödet på den gemensamma marknaden och genom att hindra fabrikat som Preagera är återförsäljare för från att delta i upphandlingen har Malmö stad inte behandlat anbudsgivarna lika. Malmö stad har således diskriminerat vissa fabrikat

och dessa fabrikats återförsäljare till fördel för andra fabrikat. Detta har åsamkat Preagera skada.

Huvudregeln på den svenska marknaden är att det endast finns en distributör för respektive tillverkare. Även om undantag finns faller de flesta av de efterfrågade fabrikaten under denna regel. Det ankommer på Malmö stad att ställa krav på de produkter som man har för avsikt att köpa in men detta kan inte göras på bekostnad av att vissa fabrikat utesluts till fördel för andra. Detta oavsett återförsäljarens vertikala position på marknaden. Förfarandet strider mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen. I och med att Preagera har hindrats från att använda hela projektormarknadens potential har man hindrats från att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet.

Malmö stad har gjort gällande att man kan komma att köpa in projektorer av andra modeller än de som har angivits i förfrågningsunderlaget. Det måste emellertid förutsättas att en övervägande del av inköpen görs efter de modeller som anges i förfrågningsunderlaget. I annat fall skulle utvärderingen inte vara ägnad åt att utreda vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

**Malmö stad:** Upphandlingen är riktad mot återförsäljare och inte tillverkare. Marknaden i den aktuella upphandlingen är en specifik återförsäljarmarknad som har möjlighet att erbjuda och sälja efterfrågade produkter. De av Malmö stad angivna fabrikaten representerar fem inom marknaden vanligt förekommande produkter. Samtliga återförsäljare har tillgång till på marknaden förekommande fabrikat. Denna förutsättning medför att potentiella anbudsgivare varken missgynnas eller gynnas. Däremot har ett företag som tillverkar någon av de efterfrågade produkterna inte möjlighet att vid en och samma upphandling erbjuda den bredd av produkter och därtill relaterade tjänster som efterfrågas. Samtliga anbudsgivare har offererat

efterfrågade fabrikat. De små skillnader i pris som finns i anbuden hänför sig till hur väl respektive återförsäljare tecknar avtal med samarbetspartners eller vilka påslag samarbetspartnern tillämpar. För Malmö stad är detta ett utmärkt sätt att utvärdera en återförsäljares erbjudande och samtidigt uppnå det ekonomiskt bästa anbudet. Dessutom undviks den numera allt vanligare situationen att leverantörer offererar undermålig kvalitet till lågt pris vilket medför en diskussion avseende produkters likvärdighet.

Projektorerna som angivits i förfrågningsunderlaget kommer inte att kunna köpas under hela avtalstiden eftersom livstiden på den typen av produkter inte är så lång. Därför har Malmö stad i förfrågningsunderlaget angivit att det krävs ett bra samarbete med vald leverantör så att nya likvärdiga produkter kan tas fram under avtalstiden. Det är inte enbart de märkesangivna projektorerna som kommer att köpas under avtalstiden. Övriga tillverkares produkter utesluts endast i utvärderingen eftersom det finns krav på att denna ska vara förutsebar och transparent samt att den ska definiera vad som kommer att utvärderas. Under avtalstiden kommer således även produkter från andra tillverkare att köpas och användas.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Preagera har offererat de i förfrågningsunderlaget efterfrågade projektorerna. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Trots att Preagera anser att man hindrats från att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet anser förvaltningsrätten att Preagera inte förmått visa att man lidit eller kan komma att lida skada genom att Malmö stad har efterfrågat specifika projektorer. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva om Malmö stads agerande strider mot LOU.



*Frågan om utvärderingskriterierna är otydliga och huruvida kriteriet användarvänlighet av interaktiv skrivtavla har utvärderats bristfälligt*

*Parternas argumentering*

**Preagera:** Malmö stad har formulerat utvärderingskriterierna på ett otydligt och övergripande sätt. Genom att endast ange att *leverantör ska ange tillräcklig information så att följande punkter kan bedömas* har det inte efterfrågats tillräckligt med information för att kunna utvärdera efter de ställda utvärderingskriterierna. Användarvänlighet kan inte utvärderas baserat på utdrag från manualer, utan kräver rimligtvis en demonstration av produkterna. Detta då manualer, terminologi och beskrivningar skiljer sig åt mellan olika tillverkare, vilket omöjliggör för Malmö stad att göra en rättvis bedömning. Det faktum att samtliga anbudsgivare har rankats exakt lika är ett bevis på att någon utvärdering i själva verket inte har skett. Det ligger i sakens natur att system från fyra – fem olika leverantörer, med olika teknik och olika tillhörande mjukvara, inte kan ha exakt samma användarvänlighet. Det har inte gått att utröna vad Malmö stad avser att lägga till grund vid utvärderingen, varför det inte finns någon förutsägbarhet i upphandlingsprocessen. Det går inte att i förväg avgöra vilka produkter som är bäst lämpade för upphandlingen och vad en anbudsgivare ska erbjuda för produkter i sitt anbud. Genom att formulera otydliga utvärderingskriterier och genom den bristfälliga utvärderingen har Malmö stad brutit mot kravet på transparens och förutsägbarhet. Möten som har inletts med leverantörer innan anbudsförfarandet får inte ligga till grund vid utvärderingen. Malmö stad har angett att sådana möten har legat till grund för utvärderingen. Genom att använda sig av möten som har skett utanför regelverket finns det ingen möjlighet för potentiella leverantörer att bedöma huruvida principerna om likabehandling och icke-diskriminering har åtföljts.

**Malmö stad:** I förfrågningsunderlaget framgår exakt vad som bedöms. En beskrivning av punkterna/underkriterierna och en inbördes viktning mellan de olika underkriterierna finns redovisad. Förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig beskrivning av vad som anses vara av vikt och vad som bedöms. Samtliga offererade tavlor har bedömts utifrån den beskrivning som respektive anbudsgivare har redovisat i sitt anbud och efter hur produkten svarar mot ställda krav. Genom att utvärderingen sker i enlighet med förfrågningsunderlagets redovisning undviks all form av risk för godtycklighet. Samtliga anbudsgivare har på ett mycket tydligt sätt svarat upp mot de krav som ställts. Det framgår av LOU och av rättspraxis att anbud inte ska ställas mot varandra. Tavlorna har således inte ställts mot varandra utan varje tavla har utvärderats efter hur väl den uppfyller beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

Under inledningsskedet av varje upphandling genomförs en marknadsundersökning vars syfte är att granska och framför allt att inhämta information och kunskap om den specifika marknaden. Under detta skede har Malmö stad haft möten med olika aktörer på den specifika marknaden, bland annat Preagera, och på så sätt fått en demonstration av olika interaktiva skrivtavlor. En demonstration av skrivtavlor i samband med utvärderingen har inte ansetts bidra med något i samband med utvärderingen och därför har det beslutats att demonstration vid utvärderingen inte ska tillämpas. Samtliga produkter som efterfrågas har tidigare inhandlats av Malmö stad och används dagligen i olika verksamheter. Utan en marknadsundersökning skulle en upphandling som denna inte vara möjlig att genomföra. Marknadsundersökningen har inte i något avseende påverkat själva utvärderingen.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Av utvärderingsprotokollet framgår att samtliga anbudsgivare har erhållit 5 poäng, dvs. högsta poäng, avseende kriteriet användarvänlighet av interaktiv skrivtavla. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Preagera lidit eller kan komma att lida skada. Preagera, som har erhållit högsta möjliga poäng avseende det aktuella utvärderingskriteriet, har enligt förvaltningsrättens förmenande inte förmått visa att man lidit eller kan komma att lida skada på grund härav. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva Preageras invändningar vad gäller frågan om Malmö stad har åsidosatt de grundläggande principerna.

**Sammanfattning**

Förvaltningsrätten finner att Preagera inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på sådant sätt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Mot bakgrund av det anförda finns det inte skäl för ingripande enligt LOU. Preageras ansökan härom ska därför avslås.

**Särskilda upplysningar**

Förvaltningsrätten har genom dom denna dag i mål nr 3569-10 avslagit även den i det målet gjorda ansökan om ingripande enligt LOU, vilket innebär att rättens interimistiska beslut från den 13 januari 2010 upphört att gälla och att en ny tiodagarsfrist börjat löpa. Detta innebär i sin tur att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Ola Brändström



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.