



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2013-07-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
7430-13

SÖKANDE

Ricoh Sverige AB, 556228-8851

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Nykvarns kommun, 212000-2999

Ombud: Per Rapp
Telge Inköp AB
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-07-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ricoh Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 365066

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Nykvarns kommun (kommunen) har, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), genomfört en upphandling avseende skoldatorer till kommunen (dnr TI 2012-1122). Upphandlingen syftade till ett träffa avtal med den leverantör som erbjuder anbudet med lägst pris. Av tilldelningsbeslutet den 20 mars 2013 framgår att annan leverantör än Ricoh Sverige AB (bolaget) tilldelats kontraktet.

Bolaget yrkar att rättelse sker på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs varvid kommunen ska beakta bolagets anbud. Som grund för yrkandet anför bolaget följande. Bolaget uppfyller alla i upphandlingen ställda skallkrav. Den produkt de offererat avsedd som läs-/surfplatta har ett flashminne på minst 32 GB. Bolaget har inte anvisat en lämplig väska eller bild på skalskydd men det kravet omfattas inte av upphandlingen och är oproportionerligt. Dessutom innehöll tilldelningsmeddelandet eller tillhörande handling ingen information om att bolaget även hade uteslutit på den grunden att de inte anvisat lämplig väska eller bild på skalskydd. Bolaget kan inte uteslutas på grunder som inte framgår av tilldelningsbeslutet. Kommunen har alltså tidigare bedömt att kravet är uppfyllt, vilket visar att kommunens inställning är en efterhandskonstruktion i syfte att undgå ett ingripande enligt LOU.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Det var korrekt att utesluta bolaget från utvärderingen då bolaget inte uppfyller skallkravet om flashminne om minst 32 GB på den offererade läs-/surfplattan eller skallkravet om att anvisa en lämplig väska och bild på skalskydd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. 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 16 kap. 6 § LOU.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte får beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Kravet på 32 GB flashminne

I förfrågningsunderlagets anges bl.a. följande under punkten 2.1.3. ”Modell 3”. Baserad på hårdvara med operativsystem avsedd för läs/surfplatta [...] - Minst 32 GB Flashminne/SSD.

Bolaget har gjort gällande att deras offererande produkt uppfyller kravet på ett flashminne på 32 GB. Kommunen hävdar å sin sida att bolaget har

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

offererat en produkt med ett lagringsutrymme på endast 8 GB och att bolaget därför inte uppfyller kravet.

Av bolagets anbud framgår att bolaget svarat JA på frågan huruvida de uppfyller kravet om minst 32 GB flashminne/SSD. Det framgår dock av handlingarna i målet att den läs-/surfplatta som bolaget har offererat är DMTECH 1028DCS och har ett lagringsutrymme om 8 GB. Bolaget har inte motsagt denna information men hävdar att de hade för avsikt att offerera denna produkt med ett lagringsutrymme på 32 GB. Det är nämligen möjligt att genom minneskortplats på produkten få upp till 32 GB Micro SD vilket innebär att det, utöver det grundläggande lagringsutrymmet på 8 GB, är det möjligt att utrusta produkten med ytterligare 32 GB flashminne. Kommunen menar att det inte är möjligt att genom ett externt minne utöka lagringsutrymmet utan att kravet är att modell 3 ska innehålla ett 32 GB internt flashminne.

Förvaltningsrätten kan konstatera att kravet om att produkten ska innehålla ett flashminne på 32 GB är ett s.k. skall-krav och att det i förfrågningsunderlaget inte står skrivet att flashminnet måste vara internt. Mot bakgrund av detta och att bolaget i sitt anbud uppgivit att de uppfyller aktuellt krav finner förvaltningsrätten att bolaget hade för avsikt att offerera en produkt som uppfyller kravet på 32 GB flashminne. Det var på denna grunden således fel av kommunen att förkasta bolagets anbud.

Krav på tillhörande väska/slimcase samt bild på skalskydd

Under punkterna 2.1.1, 2.1.2 och 2.1.3 anges bl.a. följande – Lämplig Slimcase eller motsvarande med plats för enheten och laddare. Det åligger leverantören att anvisa lämplig väska som uppfyller eventuella aktsamhetskrav enligt de försäkringsvillkor och garantivillkor som omfattas av anbudsgivarens anbud. All utrustning skall vara ny (ej

begagnad). Vid varje nyleverans skall senaste modell/konfiguration inom motsvarande prissegment erbjudas. Bild på skalskydd med teknisk specifikation skall bifogas anbudet.

I målet har framkommit att bolaget inte anvisat lämplig väska och heller inte skickat med någon bild på skalskydd med teknisk specifikation. Bolaget hävdar att detta krav inte omfattas av upphandlingen och att kravet är oproportionerligt eftersom kommunen inte synes ha utvärderat detta. Kravet strider även mot likabehandlingsprincipen eftersom inget annat anbud har uteslutits på grund av avsaknad av bild med teknisk specifikation på skalskydd.

Kommunen anför att bolaget genom att inte sända med bilder på skalskydd skulle kunna diskvalificeras endast på den grunden. Eftersom vinnande anbud uppfyller kraven på bilder och specifikationer kommer utvärderingsresultatet inte att förändras.

Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget för upphandlingen och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. skall-krav. Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Förvaltningsrätten kan konstatera att de uppställda kraven i punkterna 2.1.1, 2.1.2 och 2.1.3 i förfrågningsunderlaget, att anvisa lämplig väska och bifoga bild på skalskyddet med teknisk specifikation, utgör s.k. skall-krav.

I målet har, som nämnts, framkommit att bolaget inte har anvisat lämplig väska eller skickat in bild på skalskydd med teknisk specifikation.

Förvaltningsrätten finner därför att bolaget inte uppfyller aktuellt skallkrav. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får bortse från de skallkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Skallkrav som anges i förfrågningsunderlaget måste alltså vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet. Förvaltningsrätten anser därmed att kommunen inte brutit mot LOU eller dess principer genom att utesluta bolaget från utvärderingen på den grunden.

Proportionalitet

Bolaget gör även gällande att kravet att anvisa lämplig väska och bifoga bild på skalskydd med teknisk specifikation är oproportionerligt eftersom det inte omfattas av upphandlingen. Kommunen bryter även mot likabehandlingsprincipen eftersom ingen annan leverantör blivit utesluten på den grunden att de saknat av bild och teknisk specifikation på skalskydd. Det är även oklart vad kravet angående skalskydd har för syfte och vad det är för någonting.

Kommunen menar att kravet framgår tydligt i förfrågningsunderlaget och att det är proportionerligt eftersom det är ett försäkringskrav. Trots att bolaget fått möjlighet att komma in med ett förtydligande när det gäller beskrivning av de tre modellerna som anges i kravspecifikationen, punkterna 2.1.1, 2.1.2 och 2.1.3, har det inte bilagt någon bild för något av de tre skalskydden eller bifogat en specifikation i enlighet med modellbeskrivning nummer 3 i kravspecifikationen.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Således får endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra

kontraktet ställas och som har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas. Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms om den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

De syften som kommunen angett med det uppställda kravet om väska/slimcase är att det är ett försäkringskrav och att eftersom datorerna ska hanteras av barn är försäkring en viktig del av upplägget och det är högst proportionerligt att begära in beskrivning och teknisk specifikation.

Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att kravet inte kan anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med de eftersträvade syftena och att något mindre ingripande alternativ därmed inte kan anses föreligga. Kravet har varit nödvändigt för att kommunen ska kunna förvissa sig om att produkterna kan användas som det är tänkt och i en miljö där barn vistas. Kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen och grund för ingripande med stöd av LOU saknas därmed.

Skada

Eftersom bolaget rätteligen inte skulle ha utvärderats då bolaget inte uppfyller kravet om att anvisa lämplig väska och bifoga bild på skalskydd med teknisk specifikation kan det inte ha lidit eller riskerat att lida skada. Mot den bakgrunden saknar förvaltningsrätten skäl att pröva de av bolaget ytterligare anförda grunderna.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att grund för ingripande enligt LOU inte föreligger på grundval av var bolaget gjort gällande. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bägge

Rådman

Elin Vidlund har varit föredragande i 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 nå 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.