



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-03-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17303-10
Enhet 15

SÖKANDE

AudicomPendax AB, 556215-1588
Box 2014
128 21 Skarpnäck

Ombud: Advokat Björn Tude och jur.kand. Pernilla Javier
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

Verket för Höskoleservice
VHS Upphandling
Box 240 70
104 50 Stockholm

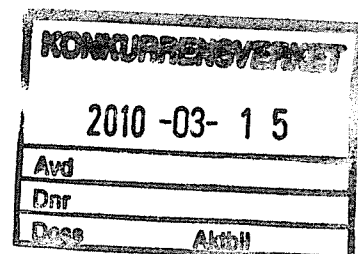
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.



Dok.Id 2621

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 09:00-15:00

BAKGRUND

Verket för högskoleservice (nedan VHS) har genomfört en upphandling av statligt ramavtal avseende köp av audio-, foto-, och visuella produkter (AV-produkter), videokonferensutrustning samt kringliggande tjänster, projektnummer VHS 8-0064-44151. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU.

I tilldelningsbeslut den 4 november 2009 beslutade VHS att anta bl.a. anbudet från Audiocom Pendax AB (nedan Bolaget). VHS har därefter i ett nytt tilldelningsbeslut den 13 november 2009 rättat det tidigare tilldelningsbeslutet och inte utvärderat Bolagets anbud med hänvisning till att Bolagets offererade produkter för typprodukt 4.1.6, ”TV-apparat minst 55” LCD eller LED” samt typprodukt 4.1.10, ”Mediaspelare” inte uppfyllt skall-kraven.

Bolaget har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning enligt LOU och bl.a. yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Förvaltningsrättens beslutade den 23 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att rättelse beviljas på så sätt att utvärderingen av anbuden görs om varvid Bolagets anbud ska utvärderas. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Bolaget i huvudsak följande. Bolagets offererade produkter uppfyller kravspecifikationerna. Genom att i typproduktspecifikationen i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget bekräfta att samtliga skall-krav i kravspecifikationen är uppfyllda har bolaget bekräftat att de offererade produkterna

uppfyller de uppställda kraven och åtar sig att tillhandahålla typprodukter som motsvarar de uppställda minimikraven. Den TV-apparat som Bolaget har offererat uppfyller kravet på inbyggd Boxergodkänd mottagare genom att TV-apparaten är försedd med en mottagare som är godkänd av Boxer. Ett intyg från tillverkaren NEC visar även att så är fallet. Den mediaspelare som Bolaget har offererat har anslutningar för USB och LAN. Mediaspelaren uppfyller kraven på övriga efterfrågade anslutningar genom en tilläggsmodul som levereras tillsammans med mediaspelaren, benämnd "TVIX". Detta framgår även av Bolagets hemsida, där VHS enligt avsnitt 3.7.2 i förfrågningsunderlaget har möjlighet att verifiera produkterna.

Eftersom Bolaget har bekräftat att alla skall-krav uppfylls skulle VHS ha utgått från att denna uppgift var korrekt och att Bolaget kan tillhandahålla produkter som uppfyller kraven. Om VHS fann att en uppgift i anbudet eller produktspecifikationerna var otydliga borde VHS under alla omständigheter ha bett om ett förtydligande. VHS har inte ägt rätt att utgå från att Bolagets bekräftelse i anbudet eller intyget från NEC samt uppgifter från hemsidan varit felaktiga och därmed förkasta anbudet. VHS har för andra anbud godtagit enbart en bekräftelse på att ställda krav uppfyllts. Särbehandlingen strider i sig mot likabehandlingsprincipen och LOU.

Bolaget gör i andra hand gällande att inga av de anbud som har utvärderats i upphandlingen uppfyller samtliga av VHS uppställda skall-krav och att dessa anbud därför rätteligen skulle ha förkastats. Bolaget anför till stöd för detta en rad omständigheter.

VHS bestrider bifall till Bolagets yrkande och anför bl.a. följande. VHS har i upphandlingen ställt upp ett antal tydligt formulerade krav, som är likabehandlande, proportionella och icke-diskriminerande utifrån upphandlingens syfte. Samtliga anbudsgivare i upphandlingen har bedömts

utifrån dessa och härvid behandlats lika. Bolaget har, oavsett bedömningen av övriga anbud, inte lidit skada med hänsyn till att Bolagets anbud inte uppfyller samtliga ställda krav. För att genomföra utvärderingen och därmed kunna fastställa vilka leverantörer som blir aktuella att få teckna avtal har VHS använt ett antal typprodukter. Syftet med att ställa krav på enskilda produkter och tjänster är att skapa förutsättningar för att behandla samtliga leverantörer lika. Genom att tydligt ange vad en produkt minst måste ha för specifikation säkerställer VHS att de produkter som anges i anbudsgivarnas anbud är av samma karaktär och därmed jämförbara. De typprodukter som används är representativa för de produkter som köps inom staten och är framtagna för att kunna uppfyllas av olika tillverkare. I och med priskorgens roll som en central del i utvärderingen, är det av största vikt att de produkter som lämnas i anbudsgivarnas anbud uppfyller de krav som är ställda. I annat fall skulle VHS riskera att få en situation där anbudsgivarna lämnade icke jämförbara produkter och att det därmed inte skulle vara möjligt att genomföra en utvärdering. Därmed blir varje enskilt krav avseende produkterna viktigt och det faktum att en anbudsgivare inte uppfyller ett visst krav avseende en produkt är inte oproportionerligt, eftersom det finns ett antal produkter per typprodukt som de facto kan uppfylla kraven. Att en anbudsgivare valt en produkt som inte uppfyller kraven är inget som kan lastas VHS, utan det måste helt och hållet ligga på anbudsgivarens ansvar. Att sedan effekten av att offerera produkter som inte uppfyller ställda krav leder till att anbudet förkastas, är en helt annan fråga som proportionalitetsprincipen inte kan appliceras på.

En upphandlande myndighet har en skyldighet att kontrollera de uppgifter som ligger till grund för de krav som ställts i en upphandling.

Myndighetens skyldighet är dock inte att ifrågasätta uppgifter där det är sannolikt att kravet är uppfyllt. VHS har behandlat samtliga anbudsgivare lika och genomfört kontroller där det funnits fog att göra det, t.ex. genom uppgifter på hemsida eller, efter tilldelningsbeslut, efter kommentar från

annan anbudsgivare. Under anbudsperioden är det upp till anbudsgivaren att prestera de bevis den upphandlande myndigheten har angivit för respektive krav. Efter det att anbudet inkommit är det den upphandlande myndigheten som måste kontrollera att bevisen stämmer och, om så inte är fallet, leda detta i bevis innan ett anbud kan förkastas. Den upphandlande myndigheten ska kunna förlita sig på de uppgifter som lämnas i ett anbud, och endast om det finns anledning att ifrågasätta de uppgifter som förekommer kan en skyldighet att företa en utökad kontroll anses inträffa. I de fall detta leder till att kravet kan bekräftas som uppfyllt borde detta kunna tas som intäkt för att kravet är uppfyllt. Det motsatta förhållnings sättet faller på sin egen orimlighet.

Applicerat på detta mål leder ovanstående resonemang till att VHS i upphandlingen har företagit nödvändiga och erforderliga kontroller i den utsträckning som kan anses påkallad, och därmed agerat helt korrekt. De kontroller VHS vidtagit har på grund av sin karaktär ibland skett på olika sätt och i olika omfattning, vilket inte på något sätt innebär att VHS brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom det då rör sig om olika typer av krav eller kravuppfyllande.

Föremålet för denna överprövning har sin grund i huruvida offererade produkter uppfyller ställda krav, varken priskorgen eller kraven som sådana har påverkat det konkurrensutsättande skedet. I det konkurrensutsättande skedet har alla anbudsgivare haft samma möjlighet att offerera produkter som uppfyller ställda krav. Själva prövningen av om produkterna uppfyller ställda krav görs sedan i ett skede som ligger längre fram i processen, efter att anbudet inlämnats. De invändningar Bolaget haft är i samtliga fall frågor som är att hänföra till utvärderingen och inte till det konkurrensuppsökande skedet.

Vad gäller Bolagets invändningar kan konstateras följande. VHS fick genom en kontroll via Boxers hemsida, en kontroll som genomförts avseende samtliga produkter, anledning att misstänka att Bolagets NEC-TV inte uppfyllde kraven i och med att den inte fanns hos Boxer. Dessutom fick VHS efter tilldelningsbeslutet uppgifter från andra leverantörer vilka av naturliga skäl behövde verifieras. Ett stort antal produkter utöver de Bolaget erbjudit har kontrollerats.

Gällande TV-apparaten hade den av Bolaget offererade produkten ingen inbyggd digitalbox. Bolaget hade i stället för avsikt att bygga in en digitalbox avsedd för externt bruk. VHS ställde därmed kontrollfrågor till NEC där det framkom att NEC inte hade någon erfarenhet av detta och därmed endast kunde konstatera att Bolaget uppgav att det var möjligt. Dilog, som tillverkar boxen, har som svar på fråga från VHS uppgett att boxen inte är avsedd för att byggas in. Kravet som ställts avseende inbyggd digitalbox är inte uppfyllt. En TV-apparat med inbyggd digitalbox är testad av tillverkaren, vilket skett genom en omfattande kvalitetsprocess oavsett vilken tillverkare det är fråga om. Bolagets anbud innehåller en TV-apparat som, om den fungerar tillfredsställande och förutsatt att den blir godkänd av Boxer, visserligen innehåller en digitalbox, men som inte är ”inbyggd” på det sätt kravet är utformat.

Den andra produkten VHS har bedömt inte uppfyller kraven är en mediaspelare från HP. Bolaget har uppenbarligen för avsikt att ansluta ytterligare en produkt till mediaspelaren för att uppfylla krav avseende bl.a. ingångar/utgångar. VHS har efterfrågat en produkt. Bolaget erbjuder i realiteten två, vilket i sig innebär att kravet inte är uppfyllt. Eftersom det först nu framkommit att Bolaget uppfyller kravet på ingångar genom att koppla ihop de två produkterna, har VHS, för det fall rätten anser att kravet är uppfyllt trots att det rör sig om två produkter, inget att invända mot att vidta en rättelse avseende mediaspelaren. Kravet avseende TV-apparat i

punkt 4.1.6 i förfrågningsunderlaget uppfylls dock fortfarande inte, varför frågan närmast blir akademisk.

Bolaget yttrar bl.a. följande. VHS skulle ha godtagit även Bolagets bekräftelser, på samma sätt som VHS har godtagit andra anbudsgivares bekräftelser på att skall-kraven är uppfyllda. Det kan inte anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet efter fritt skön väljer ut att kontrollera enbart uppfyllandet av vissa skall-krav och vissa anbudsgivare och i övriga fall förlitar sig på att kraven är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att kontrollera att samtliga skall-krav är uppfyllda innan anbuden utvärderas.

En upphandlande myndighet får ställa krav på tekniska specifikationer i ett förfrågningsunderlag i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. LOU. Specifikationer som är likvärdiga med dem som uppställts i en upphandling ska godtas. Samma sak gäller likvärdiga prestanda- och funktionskrav som uppställts av upphandlande myndigheter. De krav som VHS har ställt upp för typprodukterna i avsnitt 4 i förfrågningsunderlaget är utformade både som standarder och som prestanda- eller funktionskrav på det sätt som föreskrivs i 6 kap. LOU. VHS har att beakta att den lösning som anbudsgivaren offererat uppfyller de angivna kraven på standard, prestanda eller funktion. Även likvärdiga lösningar med de specifikationer som uppställts ska godtas.

Skall-kravet avseende digitalbox för typprodukt 4.1.6 är utformat så att TV-apparaten ska ha en digitalbox som för det första ska vara inbyggd i TV-apparaten. DVB-T står för en europeisk standard för marksänd digital-TV. Det är ett funktionellt krav som enligt Bolaget får antas vara uppställt med anledning av att VHS och övriga avropande enheter ska kunna slippa handskas med flera olika enheter och externa boxar. För det andra kräver VHS att digitalboxen i sig ska ha viss tekniskt standard. Den ska vara HD-

kompatibel samt klara MPEG2/MPEG4, vilket utgör standarder för avkodning och komprimering av digitalt ljud och video. För det tredje har VHS ställt upp krav på att digitalboxen ska vara "Boxergodkänd", ett funktionellt krav som innebär att boxen är godkänd för Boxers sändningar i det digitala marknätet. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att det är mottagaren som ska vara Boxergodkänd och inte TV-apparaten. Det har inte förelegat något krav på att digitalboxen ska vara inbyggd redan när den kommer från fabrik. Den tekniska lösning som Bolaget har offererat är likvärdig med om TV-apparaten hade haft en digitalbox inbyggd redan från fabrik samt uppfyller den funktion som VHS efterfrågat – att inte behöva handskas med en extern box. Bolaget utför inga modifikationer eller liknande avseende digitalboxen. Att Dilog DT-455HD är en extern digitalbox innebär endast att boxen har ett skyddande plasthölje och det hindrar på inget sätt att boxen kan fästas innanför TV-apparatens bakstycke. Enda anledningen till att Bolaget valde att offerera denna tekniska lösning var just för att kunna uppfylla samtliga av VHS uppställda skall-krav.

Den bevisning VHS åberopar i form av e-postkorrespondens med NEC visar enbart att NEC inte har genomfört inbyggnad av digitalboxen i TV-apparaten. NEC intygar inte på något sätt att det inte är möjligt. Inte heller kan den e-postkorrespondens som VHS haft med Dilog eller Boxer tillmätas någon betydelse eftersom boxen och TV-apparaten inte på något sätt modifieras.

VHS yttrar bl.a. följande. Det är helt korrekt att VHS inte ställt samma frågor till samtliga anbudsgivare, men det beror på att anbuden sett ut på olika sätt. Det faktum att en upphandlande myndighet vidtar kontroller i de fall det finns oklarheter kring t.ex. en teknisk specifikation, eller något annat, innebär inte att myndigheten brutit mot likabehandlingsprincipen. Tvärtom innebär det att myndigheten fullgjort sina skyldigheter att

kontrollera uppfyllandet av ställda krav, såvida uppfyllandet inte framgår direkt av anbudet. I samtliga fall där det inte klart framgått att de ställda kraven är uppfyllda, har VHS genomfört en kontroll. I vissa fall har denna kontroll inneburit att ett eller flera anbud förkastats då det inte varit möjligt att verifiera kravuppfyllandet. VHS hänvisar även till de förenande målen C-21/03 och C-24/03 Fabricorn SA mot État Belge angående likabehandlingsprincipens innebörd.

Bolaget har fört ett felaktigt resonemang kring hanteringen av tekniska specifikationer och tillämningen av 6 kap. LOU. I 6 kap. 5 § hänvisas till 6 kap. 2 § som reglerar tekniska specifikationer som hänvisar till standarder. Av detta framgår med all tydlighet att begreppet likvärdiga lösningar är ägnat de fall där den upphandlande myndigheten explicit hänvisat till någon form av officiell teknisk standard. Samma sak gäller 6 kap. 3 § LOU med hänvisning till 6 kap. 6 § LOU. De krav som ställts på produkterna har inte på något sätt karaktären av hänvisningar till någon teknisk standard som 6 kap. LOU reglerar.

Kravet i 4.1.6 är ställt på TV-apparaten, genom formuleringen ”inbyggd mottagare...Boxergodkänd”. Mottagaren ska, som inbyggd, vara Boxergodkänd. Det är inte tillräckligt att en offererad mottagare är godkänd såsom extern mottagare innan den monteras. Som VHS tidigare visat har NEC, Dialog och Boxer konstaterat att Bolagets lösning inte har varit en lösning som man avser att göra med TV-apparaten eller digitalboxen. Det innebär inte att det inte är möjligt, men det måste vara uppenbart att VHS inte avsett en lösning där en leverantör på eget bevåg sätter ihop produkter genom att göra fysiska ingrepp på dem. I samtliga fall vad gäller typprodukterna har VHS på ett tydligt sätt efterfrågat standardprodukter.

Bolaget framhåller att anledningen till att vald lösning offererats är att det på marknaden inte finns någon produkt som uppfyller krav på såväl Boxergodkänd mottagare som S-videoanslutning. Det framgår tydligt i punkt 4.1.6 att det ställs krav på S-videoanslutning. Med detta avses att TV-apparaten ska kunna anslutas till andra produkter som har S-videoingång. Eftersom VHS i frågor och svar under anbudstiden har meddelat att adapter godkänns har det varit fullt möjligt för Bolaget att offerera en TV-apparat som uppfyller både kraven på Boxergodkänd inbyggd mottagare och S-videoanslutning.

Bolaget vidhåller i allt väsentligt vad som tidigare anförts och yttrar avslutningsvis bl.a. följande. Vad uttalandet i domen i mål C-21/03 och C-24/03 ger uttryck för är att anbudsgivare i en jämförbar position ska behandlas lika och anbudsgivare i en icke jämförbar position inte ska behandlas lika (om det inte finns sakliga skäl för det). Vidare strider det mot likabehandlingsprincipen att godta en anbudsgivares anbud trots att alla skall-krav inte är uppfyllda, eller att tillåta en anbudsgivare att ändra sitt anbud utan att alla anbudsgivare ges samma möjlighet. Vad gäller VHS kontroll av huruvida anbudsgivarna uppfyller de uppställda kraven i upphandlingen är anbudsgivarna i en jämförbar position och ska därvid behandlas lika. Har en anbudsgivare tillåtits komplettera sitt anbud ska övriga anbudsgivare ges samma möjlighet. Godtas en anbudsgivares anbud trots att det inte framgått att exempelvis en nödvändig tilläggsenhet har offererats i anbudet så ska övriga anbudsgivare ges samma möjlighet. Det framgår exempelvis tydligt av AB Bäckaskogs Medias och AV Syd AB:s anbud att någon nödvändig lagringsenhet inte har offererats i anbudet. VHS har således trots detta antingen godtagit AB Bäckaskog Medias och AV Syd AB:s anbud för utvärderingen i strid med likabehandlingsprincipen, eller så har VHS i motsats till vad VHS påstår inte kontrollerat kravuppfyllandet i alla anbud, vilket också strider mot likabehandlingsprincipen. Huruvida olika frågor har ställts till olika anbudsgivare är inte

relevant. Avgörande är huruvida samtliga anbudsgivare har behandlats lika med avseende på de kompletteringar etc. som tillåtits med anledning av VHS kontroller, samt om VHS verkligen fullgjort sina skyldigheter att kontrollera att alla skall-krav är uppfyllda. Med anledning av den knappa information som anbudsgivarna har haft att lämna i anbudet, sammantaget med att VHS har angett att VHS självt ska verifiera uppgifterna, har anbudsgivarna haft att förutsätta att VHS genomför tillförlitliga sådana kontroller på egen hand. Emellertid tycks VHS inte ha vidtagit sådana kontroller avseende samtliga skall-krav.

Enligt LOU finns det bara två sätt att utforma krav på produkters egenskaper på – antingen i form av teknisk standard eller som krav på prestanda eller funktion. Detta framgår av 6 kap. 2 och 3 §§ LOU. Oavsett om kraven uttryckts som krav på en teknisk standard eller som prestanda- eller funktionskrav måste emellertid likvärdiga lösningar godtas av den upphandlande myndigheten. När kraven utformats som krav på viss teknisk standard framgår detta uttryckligen av 6 kap. 5 § LOU. När kraven utformats som krav på viss prestanda eller funktion innebär begreppen prestanda och funktion per definition att en likvärdig lösning som uppfyller den krävda prestandan eller funktionen ska godtas av den upphandlande myndigheten. Ställs inte kraven på efterfrågade produkters egenskaper upp som antingen krav på teknisk standard eller som prestanda- eller funktionskrav, strider sättet kraven ställts upp på mot 6 kap. LOU. VHS tycks vidare anse att inga av de krav som VHS har ställt upp i upphandlingen på något sätt har karaktären av hänvisningar till någon teknisk standard. Bolaget ifrågasätter vad exempelvis krav för typprodukt ”4.1.6 TV-apparat minst 55” LCD eller LED” avseende den inbyggda mottagaren – utformat som “HD DVB-T MPEG2/MPEG4” – är om inte uttryck för just tekniska standarder. Däremot är kravet på “Boxergodkänd” inte uttryckt som vare sig en teknisk standard eller som ett prestanda- eller funktionskrav. Kravet på “Boxergodkänd” är således utformat i strid med

6 kap. LOU. Frånsett att kravet på Boxergodkänd mottagare är felställt enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU, kan kravet inte, såsom VHS gör gällande, vara ställt så att det är TV-apparaten som skall vara Boxergodkänd. Boxer godkänner inga TV- apparater utan godkänner endast digitalboxar, inuti eller utanför en TV-apparat.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget punkt 1.12, ”Prövning och utvärdering av anbud”, anges följande.

I förfrågningsunderlaget finns ett antal krav formulerade. De krav som är uttryckta genom att ordet ”skall” används är s.k. skall-krav. Skall-krav är ovillkorliga krav som måste uppfyllas för att anbudet ska prövas och utvärderas. För det fall ett skall-krav inte är besvarat kommer anbudet att förkastas. Ett otydligt besvarat skall-krav kan endast förtydligas i de fall det är möjligt i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Det är därför viktigt att anbudsgivaren besvarar ställda frågor och krav i enlighet med vad som efterfrågas. Om anbudsgivaren finner att en fråga eller ett krav är otydligt, uppmanas anbudsgivaren att snarast ställa en fråga om kravet. I anslutning till ett skall-krav finns angivet hur kravet bevisas. Bevis presenteras på det sätt och vid den tidpunkt som anges i anslutning till kravet. Om inget annat anges bifogas beviset till anbudet i samband med inlämnandet.

Under punkt 1.12.1, ”Prövning av anbud”, anges att en förutsättning för att anbudsgivarens anbud ska kunna utvärderas är att samtliga skall-krav är uppfyllda.

I förfrågningsunderlaget under avsnitt 4, ”Typprodukter” anges bl.a. följande. Beskrivningar på produkterna i denna punkt utgör minimikrav på de typprodukter som ska redovisas i anbudsgivarens anbud. Dessa är till för denna ramavtalsupphandlings prisutvärdering. Kraven på produkter som avropas på avtalet fastställs vid varje avropstillfälle.

Under punkten 3.7.1, ”Krav på produkter”, anges bl.a. att anbudsgivaren ska offerera bruttopriser för sina produkter ur sitt ordinarie sortiment motsvarande de typprodukter och tjänster som efterfrågats i prisformuläret. *Ordinarie sortiment* definieras som produkter som i anbudsgivarens sortiment är stadigvarande och allmänt tillgängliga. Detta exkluderar tillfälliga partier och andra icke frekvent tillgängliga produkter som är särskilt framtagna och avgränsade från den öppna marknaden.

Under punkt 4.1.6, typprodukt ”TV-apparat minst 55” LCD eller LED”, anges bl.a. minimikraven

- Inbyggd mottagare – HD DVB-T MPEG2/MPEG4 Boxergodkänd

I e-postkonversation mellan VHS och Bolaget den 10 november 2009 uppger Bolaget bl.a. att NEC LCD5710 uppfyller kraven på inbyggd Boxergodkänd mottagare genom att det är en inbyggd Boxergodkänd mottagare, modell DT-455HD. Mer utvecklat är 5710 en professionell apparat som passar till offentlig miljö och kan bestyckas efter unika kundkrav. För att leva upp till VHS specifika krav har den bestyckas av Bolaget med ovan nämnda box som i sig också är speciell på så sätt att den kan byggas in i olika apparater.

I e-postmeddelande från NEC till Bolaget den 11 november 2009 anger NEC att NEC LCD5710 inte har Boxermodul som standard. Däremot går det att bygga in en av Boxer godkänd modul, Dilog DT-455HD.

I e-postmeddelande från NEC till VHS den 16 november 2009 bekräftar NEC att det går att bygga in en digital tuner i skärmen men att NEC inte testat detta själva, utan att det är Bolaget som uppgett att den går att bygga in.

I e-postkonversation mellan VHS och Dilog Nordic AB den 17 november 2009 anger Dilog Nordic bl.a. att den offererade digitalboxen är en separat box avsedd för att stå fritt eller monteras på vägg. Då boxen har dubbla IR-mottagare inbyggt påverkas inte fjärrkontrollens funktioner av monterings sättet utan boxen kan mycket väl döljas delvis bakom TV-apparaten. Att rent fysiskt bygga i den i en TV-apparat är inte tanken från tillverkaren.

I e-postmeddelande från Boxer till VHS den 17 november 2009 anger Boxer att modifiering av hårdvaran inte godkänns utan en diskussion kring

förändringarna. Boxen är testad i sin helhet för att uppfylla Boxers krav. Boxer kan inte garantera att boxen har ett bibehållet beteende om man gör förändringar. Om boxen monteras i sin helhet på insidan av skalet på monitorn och extern kontaktering används anser Boxer att boxen inte är modifierad.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 6 kap. 1 § LOU stadgas bl.a. följande. Tekniska specifikationer skall ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna skall vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

I 6 kap. 3 § första stycket LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven skall vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

6 kap. 6 § LOU har följande lydelse. Om en upphandlande myndighet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med

1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard,
2. ett europeiskt tekniskt godkännande,
3. en gemensam teknisk specifikation,
4. en internationell standard, eller
5. ett tekniskt referenssystem, som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan.

Första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggtreprenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten har ställt upp.

9 kap. 8 § LOU har följande lydelse. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att VHS genom att utföra kontroller av vissa, men inte alla, anbudsgivares uppfyllande av skall-krav agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Vidare har Bolaget anfört att VHS genom att förkasta Bolagets anbud på den grunden att den av Bolaget offererade TV-apparaten och mediaspelaren inte uppfyller de uppställda skall-kraven agerat i strid med LOU. Slutligen har Bolaget anfört att VHS agerat i strid med LOU:s bestämmelser genom att anta andra anbud trots att dessa inte uppfyller alla skall-krav.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 9 § LOU ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär 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. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under

förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Det finns inte några principiella hinder mot att myndigheten uppställer krav på att en produkt ska ha vissa tekniska minimispecifikationer. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare (jfr. t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark).

Fråga om VHS har agerat i strid med likabehandlingsprincipen

Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 4904-09 prövat frågan om en upphandlande myndighets utredningsskyldighet i fall då skall-kraven och anbudshandlingarna inte i sig ger upphov till att ifrågasätta uppfyllandet av skall-krav. Kammarrätten fann att i vare sig LOU, förarbeten eller rättspraxis finns stöd för att den upphandlande myndigheten är skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Denna skyldighet kan normalt sett inte sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte kan utläsas någon skyldighet för VHS att kräva kompletteringar eller förtydliganden av anbud. Inte heller följer någon sådan skyldighet generellt av bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som har framkommit i målet inte anledning att ifrågasätta att VHS har utfört kontroll av de uppgifter som anbudsgivarna har lämnat när omständigheterna i det enskilda fallet har gett anledning att ifrågasätta

riktigheten i uppgifterna, men tagit anbudsgivarnas uppgifter för goda i de fall ingen anledning att ifrågasätta dem har förelegat. Vad Bolaget har anfört rörande VHS kontroll av uppgifter och bristande likabehandling av anbudsgivare ska således lämnas utan hänseende.

Fråga om skall-krav för typprodukt 4.1.6

Bolaget har anfört att kravet på "Boxergodkänd" inte är uttryckt som vare sig en teknisk standard eller som ett prestanda- eller funktionskrav och därmed är utformat i strid med 6 kap. LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på inbyggd Boxergodkänd mottagare får anses vara uppställt som ett funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU och kan därmed inte anses strida mot reglerna om tekniska specifikationer i LOU. Fråga är därmed om den av Bolaget offererade TV-apparaten i enlighet med 6 kap. 6 § LOU uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten har ställt upp.

I målet har framkommit att den av Bolaget offererade TV-apparaten har en digitalmottagare som byggts in av Bolaget. Det är ostridigt att TV-apparaten, NEC LCD5710, utan inbyggd digitalbox inte uppfyller ställda skall-krav på Boxergodkännande. Bolaget har anfört bl.a. att den TV-apparat som Bolaget har offererat uppfyller kravet på inbyggd Boxergodkänd mottagare genom att TV-apparaten är försedd med en mottagare som är godkänd av Boxer. VHS har anfört att det måste anses klart att man efterfrågat standardprodukter och att kravet på Boxergodkänd mottagare avser en i TV-apparaten inbyggd mottagare som också är avsedd för detta ändamål. Mottagaren ska, som inbyggd, vara Boxergodkänd. Det är inte tillräckligt att en offererad mottagare är godkänd såsom extern mottagare innan den monteras.

Som förfrågningsunderlaget och skall-kravet för typprodukten är formulerat ska den offererade TV-apparaten enligt förvaltningsrättens mening ha en inbyggd Boxergodkänd mottagare. Bolagets lösning att komplettera en TV-apparat med en digitalbox avsedd för externt bruk kan inte anses uppfylla det funktionskrav som VHS ställt. Inte heller har den offererade produkten, dvs. modell NEC LCD5710 med inbyggd extern digitalbox visats vara Boxergodkänd, även om boxen i sig är godkänd.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att "ordinarie sortiment" i förfrågningsunderlaget har definierats som produkter som i anbudsgivarens sortiment är stadigvarande och allmänt tillgängliga. Detta exkluderar tillfälliga partier och andra icke frekvent tillgängliga produkter som är särskilt framtagna och avgränsade från den öppna marknaden. Enligt vad som kan utläsas av handlingarna i målet är den offererade produkten särskilt framtagen för att uppfylla de i upphandlingen uppställda skallkraven. Den kan därför enligt förvaltningsrättens mening inte sägas utgöra en stadigvarande och allmänt tillgänglig produkt. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten därför att den av Bolaget offererade produkten inte uppfyller skall-kravet i 4.1.6.

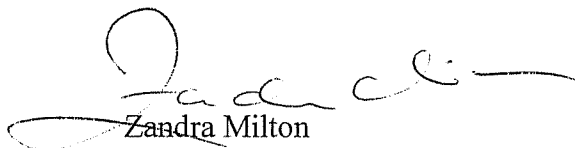
Förvaltningsrätten finner således att VHS beslut att utesluta Bolagets anbud från upphandlingen på den grunden att skall-kravet i punkt 4.1.6 i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllt, inte strider mot LOU.

Vid denna utgång i målet saknar förvaltningsrätten anledning att särskilt pröva om det även funnits andra skäl att utesluta Bolaget från upphandlingen. Bolaget har även framfört ett antal invändningar mot andra anbudsgivares anbud. Eftersom Bolagets anbud med rätta har förkastats kan emellertid Bolaget inte anses ha lidit eller komma att lida skada genom antagandet av andra anbudsgivares anbud. Skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU är därmed inte uppfyllt. Förvaltningsrätten finner på denna grund inte

anledning att särskilt ta ställning till Bolagets invändningar. Då det inte heller på annan grund har framkommit skäl för rättelse eller att upphandlingen ska göras om ska Bolagets ansökan om överprövning avslås.

Förvaltningsrätten meddelar upplysningsvis att förvaltningsrätten genom dom denna dag har avgjort mål nr 17277-10, 17280-10, 17293-10, 17319-10 och 17348-10 avseende samma upphandling. Förvaltningsrätten har i mål nr 17348-10 och mål nr 17277-10 förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudet från ITM Meeting Solutions AB, DAV Partner AB, Serafim OFFICE Management Visual Communications AB, TDC Sverige AB, Impact Europé AB och Videokonferensbolaget i Sverige AB utesluts från utvärderingsfasen.

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



Zandra Milton

Förvaltningsrättsfiskal

Handläggare har varit förvaltningsrättsnotarien Magnus Eriksson.



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. 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 nås 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.