



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden U Åsberg

DOM
2012-05-16
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
516-517-12 E

SÖKANDE

Hewlett-Packard Sverige AB, 556084-2139
Gustav III:s Boulevard 36
169 85 Stockholm

Ombud: advokaten Ulrica Salomon och jur.kand. Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPARTER

1. Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

2. Sollefteå kommun
881 80 Sollefteå

Ombud för 1-2: upphandlingschefen Göran Bodén
Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Hewlett-Packard Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Sundsvalls och Sollefteå kommuns upphandling avseende IT-hårdvara, dnr UH-11-07, ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2012-05-18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 37358

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls och Sollefteå kommun (kommunerna) genomför gemensamt upphandling avseende IT-hårdvara (PC och skärmar), dnr UH-11-07, och har i tilldelningsbeslut den 31 januari 2012 beslutat att anta Lenovo Sweden AB (Lenovo) som leverantör.

Hewlett-Packard Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering företas på basis av först inlämnade anbud varvid Lenovos anbud inte ska beaktas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunerna har inte haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande i aktuell upphandling. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får endast ske enligt vissa i 4 kap. 2 § LOU särskilt angivna fall. Förhandlat förfarande är således ett undantagsförfarande och det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa förekomsten av sådana skäl som gör undantaget tillämpligt, vilket inte gjorts av kommunerna. Kommunens tillämpning av förfarandet har *dels* medfört att Lenovo tillåtit att fortsätta sin anbudsgivning trots att Lenovos anbud rätteligen skulle ha förkastats, *dels* medfört att kommunerna ändrat förfrågningsunderlaget och infordrat nya anbud på sätt som missgynnat bolaget. Vid sista dag för anbudsinslämning enligt förfrågningsunderlaget hade bolaget lämnat sitt anbud, i vilket bolaget offererat dataprodukter som uppfyller de uppställda prestandakraven, däribland processorer av märket AMD. Efter anbudstidens utgång meddelade kommunerna via e-post att upphandlingen skulle nollställas och att nya priser skulle anges på produkter enligt en till e-posten bifogad kravspecifikation. Kravspecifikationen hade justerats på så sätt att krav på visst varumärke angavs. I upphandlingens ursprungliga kravspecifikation uppställs ett antal krav som anbudsgivarna ska utforma sina anbud efter och som ska vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudsinslämning. Kraven kan inte förstås på annat sätt än att kommunerna valt att göra dem tvingande. Om kraven ska förstås på

annat sätt har kommunen åsidosatt transparensprincipen. Av det anbud som Lenovo hade lämnat in framgår att ett antal krav inte var uppfyllda, varför anbudet rätteligen skulle ha förkastats. Det nu sagda förändras inte av att kommunerna sedermera beslutat att "nollställa" anbuden och infordra nya offerter. Någon upphandlingsrättslig möjlighet att, på sätt kommunerna gjort, "nollställa" anbuden föreligger inte. Det finns inte heller någon upphandlingsrättslig möjlighet för anbudsgivare att komplettera sina anbud med helt nya produkter och priser. Ett utbyte av produkter i kravspecifikationen innebär en sådan väsentlig förändring av upphandlingsunderlaget som enligt fast praxis inte tillåts. De anbud som inkommit efter sista anbudsdag, till följd av kommunernas "nollställning", ska således bortses ifrån. Till grund för kvalificering och utvärdering ska istället rätteligen ligga de anbud som inkom per den 26 september 2011 samt den kravspecifikation efter vilka dessa anbud utformades.

De av kommunerna uppställda kraven på processorer av visst märke strider mot 6 kap. 4 § LOU och den unionsrättsliga principen om likabehandling. Upphandlingen måste av detta skäl göras om. Av 6 kap. 4 § LOU följer ett förbud mot att i de tekniska specifikationerna inrymma 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. Sådana uppgifter och hänvisningar får endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. I sådana undantagsfall ska uppgiften eller hänvisningen följas av orden "eller likvärdigt". Kommunerna har i den nya kravspecifikationen efter "nollställningen" begärt att anbudsgivarna ska offerera och prissätta processorer av speciellt fabrikat och modellbeteckning. En sådan hänvisning till varumärke innebär ett missgynnande *per se* av sådana leverantörer inte har den aktuella processorn i sitt grundutbud eller har ett etablerat samarbete med den aktuella processorns tillverkare. Då bolaget hade kunnat lämna in ett för bolaget

förmånligare och konkurrenskraftigare anbud med en annan processor, om än likvärdig med, än den senare efterfrågade har bolaget missgynnats. Processorer är inte sådana föremål som objektivt sett är omöjliga att beskriva tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisning till visst varumärke och modell görs. Detta stöds även av det förhållandet att kommunerna på fullgott sätt i den ursprungliga kravspecifikationen – helt utan hänvisning till visst varumärke – förmått beskriva vilken prestanda som efterfrågas. Hänvisningen har heller inte följts av orden ”eller likvärdigt”.

Kommunerna motsätter sig bifall till yrkandena men anser att, för det fall förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget innehåller otydligheter på det sätt som bolaget anför, ska upphandlingen göras om. Till stöd för sin inställning anför kommunerna följande. Att fastställa ett totalpris i förväg är synnerligen komplext för en kommun utan mycket stor insyn i förändringar av komponenter, förändring av världsmarknadspriser beroende på komponentbrister, valutor och att en PC utvecklas mycket snabbt. När produkter dessutom i ett löpande avtal kan förändras utifrån förändringar på marknaden och inte samma typkonfiguration kan avtalas under hela avtalsperioden har kommunerna en ekonomisk risk och mycket stor svårighet att med objektivitet kunna förutse pris över avtalsperiod i relation till den teknikutveckling som sker. Kommunerna har heller inte i förväg kunnat finna en objektiv prismodell som reglerar priset under hela avtalsperioden utan snarare bedömt att detta bör anbudsgivaren med den kunskap inom pris- och prestandaförändringar inom PC-marknaden kunna föreslå i sitt anbud. Eftersom sannolikheten är mycket stor att de olika anbudslämnarna här väljer att redovisa olika prismodeller kan inte kommunerna förutse vilket totalpris på produkter som detta ramavtal leder till under hela avtalsperioden. Utan en möjlighet att via en förhandling ge samtliga anbudslämnare samma förutsättningar är detta i stort sett omöjligt att utvärdera med likabehandling av alla leverantörer. Det är dessa omständigheter som enligt LOU medger ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vi-

dare innehåller kravspecifikationen ett antal skall-krav som ovillkorligen måste uppfyllas. Härutöver finns vissa krav som kommunerna endast avsett läggas till grund för den kommande utvärderingen. Dessa ska därför ses som faktorer som kunde ge visst mervärde. Däremot är inte ett uppfyllande av dessa krav obligatoriskt. Dessutom innehåller kravspecifikationen ett antal frågor. Under utvärderingen har inte kommunerna kunnat finna annat än att samtliga skall-krav är uppfyllda av Lenovo. Inget av de krav bolaget anför att Lenovos anbud brister i är obligatoriska skall-krav utan samtliga dessa krav regleras av att anbudslämnaren har frihet att lämna anbud på annat fabrikat/produkter/utförande. Någon grund för att förkasta dess anbud förelåg därför inte. För att kunna göra en korrekt utvärdering och en rättvis bedömning av inkomna anbud ansåg kommunerna det erforderligt att göra en s.k. nollställning av anbuden. Kommunerna krävde därför en tydligare specifikation än vad som tidigare skett. Eftersom bedömningen avsåg samma produkter som tidigare efterfrågats är det inte fråga om att ändra förutsättningarna för upphandlingen. Förfaringssättet medförde endast en möjlighet för leverantörerna att lämna ett mer specificerat erbjudande och en förutsättning för likabehandling av leverantörernas anbud vid utvärdering, med syfte att fastställa det bästa anbudet i enlighet med förhandling enligt 4 kap. 3 § och tilldelning enligt 12 kap. LOU. Eftersom frågan är om ett förhandlat förfarande, där det är möjligt att förhandla med enskilda leverantörer om villkoren, och då samtliga leverantörer behandlats lika, kan kommunerna inte finna annat än att tillvägagångssättet varit korrekt.

Den snabba teknikutvecklingen innebär att möjligheten att likabehandla leverantörerna försvåras avsevärt eftersom produkternas prestanda kan skilja sig avsevärt trots en beskrivning i kravspecifikation med jämförbara teknisk data. Denna omständighet har bedömts motivera behovet att precisera leverantörens anbud med en och samma typkonfiguration, vilket skett i förhandlingsskedet. Det har heller inte varit möjligt att beskriva föremålet

tillräckligt preciserat och begripligt så att utvärdering kunnat ske så att likabehandlingsprincipen säkerställts. Bolaget har inte framfört någon invändning mot att denna typkonfiguration används vid nollställning och av mailkorrespondens mellan kommunerna och bolaget framgår det tydligt att bolaget accepterade att nollställning skulle ske.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Med hänsyn till tidpunkten för upphandlingens påbörjande ska LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 men före den 1 november 2011 tillämpas i målet.

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 4 kap. 2 § punkten 2 LOU framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg.

Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § (4 kap. 3 § LOU).

Utredningen i målet

Av anbudsansökan framgår bland annat följande.

4.0 Upphandling IT hårdvara

Antal datorer inom Sundsvalls kommun

- Vi beräknar att köpa ca 1500 datorer per år, detta fördelat på ca 50 % bärbart och 50 % stationärt. För datorskärmar har kommunen en livslängd på 6 år vilket innebär att vi inte köper en skärm till varje ny dator, vi beräknar köpa ca 300-500 datorskärmar per år. Utöver dessa volymer köper kommunen en del datorskärmar av modell 24 ", dockningsstationer och andra tillbehör kopplat direkt till datorarbetsplatsen.

Inom kommunens bolag finns idag ca 500 datorer, fördelat på ca 30 % bärbart och 70 % stationärt. Vi beräknar att köpa ca 150 datorer och 50-100 datorskärmar per år.

Antal datorer inom Sollefteå kommun

Vi beräknar att köpa ca 750 datorer per år, detta fördelat på ca 600 bärbart och 150 stationärt. Vi beräknar att köpa ca 100 datorskärmar per år. Utöver dessa volymer köper kommunen en del dockningsstationer och andra tillbehör kopplat direkt till datorarbetsplatsen.

Av kravspecifikationen i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget framgår bland annat vilket produktutbud som kommunerna efterfrågar.

Av e-post från kommunerna med rubriken "Nollställning av upphandling it hårdvara för Sundsvall och Sollefteå kommun" framgår att för att kommunerna ska kunna genomföra en riktig utvärdering måste de få priser på produkter enligt bifogade prisbilaga och kravspecifikation. Vidare framgår att kraven är minimikrav som inte får underskridas.

I nedanstående tabell redogörs för relevanta delar av den kravspecifikation som bifogades förfrågningsunderlaget och den kravspecifikation som bifogades e-postmeddelandet angående nollställning.

	Ursprunglig kravspecifikation	Kravspecifikation efter nollställning
5.1	Ange namn och modellnummer på den PC som svaren gäller samt redovisa den specifikation ni offererar baserat på nedanstående krav. Redovisa även pris för den produkt ni offererar i prisbilaga.	Ange namn och modellnummer på den PC som svaren gäller samt redovisa den specifikation ni offererar baserat på nedanstående krav. Redovisa även pris för den produkt ni offererar i prisbilaga.

	- Minimum 250GB hårddisk (7 200RPM) - Processor på minimum 2 kärnor och ca 3 ghz	- 250GB hårddisk (7 200RPM) - Processor: Intel®Core™ i3-2100 Processor (3M cache, 3.10 ghz)
6.1	- Processor på minimum 4 kärnor och ca 3 ghz	- Processor: Intel®Core™ i5-2400 Processor (6M cache, 3.10 ghz)
7.1	- Ca. 14" widescreen LED skärm med en upplösning på minimum 1200*800 (anti-glare) - Processor med minimum 2 kärnor och ca 2 ghz	- Ca. 14" widescreen LED skärm (anti-glare) - Processor: Intel®Core™ i3-2310M (2,10 GHz, 3MB L3-cache)
8.1	- Ca. 13" widescreen skärm med en upplösning på minimum 1200*800 (anti-glare) - Processor med minimum 2 kärnor och ca 2 ghz	- 12-12.5" widescreen skärm (anti-glare) - Processor: Intel®Core™ i3-2310M (2,10 GHz, 3MB L3-cache)

Förvaltningsrättens bedömning

För att begränsa antalet anbudssökande vid upphandlingar ger LOU upphandlande myndighet möjlighet att välja selektivt förfarande och, under vissa förutsättningar, förhandlat förfarande. I den aktuella upphandlingen har Sundsvalls och Sollefteå kommuner valt att genomföra upphandling avseende IT-hårdvara (PC och skärmar) genom förhandlat förfarande med föregående annonsering. Bolaget har ifrågasatt om kommunerna haft rätt att använda sig av det aktuella upphandlingsförfarandet. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om kommunerna har använt ett otillåtet upphandlingsförfarande. Kommunerna har anfört att de använt sig av förhandlat förfarande eftersom det som ska upphandlas är av den karaktären att det inte går att ange något totalpris i förväg.

Enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Bestämmelsen hänför sig till situationer där antingen karaktären av föremålet för upphandlingen gör att det inte går att fastställa ett pris på förhand eller att det är förenat med ris-

ker på grund av särskilda omständigheter som leder till att ett totalpris inte kan anges. Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, lydelse av artikel 30.1.b framgår att bestämmelsen är avsedd att tillämpas i undantagsfall.

I förevarande fall framgår av anbudsansökan och förfrågningsunderlaget att kommunerna upphandlar bärbara och stationära datorer, datorskärmar, dockningsstationer och andra tillbehör kopplat direkt till datorarbetsplatsen. Förvaltningsrätten finner att det visserligen pågår en ständig teknikutveckling inom detta område men att det varken kan anses att aktuell upphandling är så omfattande och komplex till sin karaktär eller att upphandlingen är av ett sådant slag att det är svårt att ange ett totalpris i förväg. Förutsättningarna för kommunerna att använda förhandlat förfarande i upphandlingen har således inte varit uppfyllda.

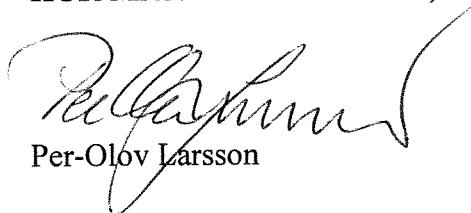
För att ett ingripande enligt LOU ska ske i form av att upphandlingen ska göras om eller rättas krävs emellertid enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. I målet har bolaget anfört att kommunerna har förfarit felaktigt under förhandlingarna genom att byta ut produkter i kravspecifikationen på sätt som inneburit en väsentlig förändring av upphandlingsunderlaget vilket missgynnat bolaget.

I målet är ostridigt att kommunerna såsom ett led i det förhandlade förfarandet nollställt de inkomna anbuden vartefter anbudslämnarna fick möjlighet att justera sitt tidigare anbud utifrån en till viss del förändrad kravspecifikation. Av utredningen i målet framgår att kravspecifikationen ändrats beträffande processorer i vissa produkter från krav på viss kapacitet till krav på visst varumärke. Kommunerna har härvid anfört att förändringen endast innebar en tydligare specifikation än vad som tidigare skett och då

bedömningen avsåg samma produkter som tidigare efterfrågats har förfarandet inte ändrat förutsättningarna för upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser emellertid att det tydligt framgår att de uppställda kraven i den förändrade kravspecifikationen inte får underskridas och att det därmed saknats utrymme för anbudslämnarna att offerera produkter med annan likvärdig processor. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att förhandlingen har genomförts på ett sådant sätt att förutsättningarna för upphandlingen har förändrats under förhandlingens gång. Att kommunerna anser att bolaget accepterat förfarandet föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten finner därför att kommunerna får anses ha genomfört förhandlingen på ett sätt som inte är förenligt med LOU och att förfarandet inneburit skada för bolaget. Redan på denna grund finns således anledning till ingripande enligt LOU och, eftersom det inte föreligger förutsättningar för rättelse, ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Per-Olov Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1C LOU