



KONKURRENSVERKET	
2018-01-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Atea Sverige AB, 556448-0282
Box 8
164 93 Kista

Ombud: Advokat Christofer Morales och advokat Annika Blomqvist
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och biträdande jurist Linnea Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

2. MacSupport AB, 556216-9267
Box 47145
100 74 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Malmö stads upphandling avseende läsplattor i iOS-miljö STK-2017-0655 ska göras om.

BAKGRUND

Malmö stad (staden) genomför en upphandling avseende läsplattor i iOS-miljö, refnr STK-2017-0655. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Malmö stad beslutat att anta anbudet från MacSupport AB (MacSupport).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

Atea Sverige AB (Atea) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Malmö stad genomför en ny utvärdering vid vilken MacSupports anbud inte ska beaktas. Som grund för sin ansökan anför Atea bl.a. följande.

Utvärderingsgrunden i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Avtal tecknas med en leverantör. Vinnande anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och borde därför ha förkastats. Ateas anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga efter det vinnande anbudet från MacSupport. Avtalet skulle därför ha tilldelats Atea om vinnande anbud hade förkastats. Det vinnande anbudet innehåller inte svar på det obligatoriska kravet i punkten 3. Bilaga – Miljökrav, 3.1.9 Användarinformation till Malmö stads verksamhet, i förfrågningsunderlaget. I den angivna punkten anges bl.a. följande. *Följande information ska tillhandahållas till slutanvändaren, till exempel i bruksanvisningen eller i informationsblad för den enskilda produkten.* MacSupports anbud innehåller inte något svar på kravet i 3.1.9. Trots att det är ett obligatoriskt krav som därmed inte uppfylls har de tilldelats avtalet i strid med gällande rätt.

Vid en korrekt genomförd upphandling skulle MacSupports anbud inte ha tagits upp till utvärdering och Atea skulle ha tilldelats det aktuella avtalet.

Det sätt på vilket Malmö stad har genomfört upphandlingen har således medfört att Atea har lidit, eller kan komma att lida, skada.

Malmö stad bestrider Ateas yrkande om att upphandlingen ska rättas och anser att ansökan ska avslås samt anför i huvudsak följande.

Malmö stad har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU genom att tilldela MacSupport upphandlingskontraktet i upphandlingen. Därutöver lider inte Atea skada av Malmö stads agerande.

Det är i målet ostridigt att MacSupport i sitt anbud inte har redovisat svar beträffande upphandlingens punkt 3.1.9 *Användarinformation till Malmö stads verksamhet* i Bilaga 3 till förfrågningsunderlaget. Atea gör gällande att detta utgör en brist innebärande att anbudet är orent varvid anbudet rätteligen skulle förkastats. Den påstådda bristen i MacSupports anbud utgör inte en sådan brist i obligatoriskt krav som Atea gör gällande. Upphandlingens punkt 3.1.9 utgör inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen som erfordrar svar vid anbudets lämnande. Avsaknaden av svar på denna punkt resulterar således inte i att anbudet är orent och ska förkastas. Malmö stad har inte utformat nämnda punkt på sådant sätt som föreskrivs för obligatoriska krav i upphandlingen. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.2.10 framgår att "*Krav är obligatoriska och måste vara uppfyllda*". Punkter i förfrågningsunderlaget som Malmö stad utformat som krav måste därmed uppfyllas för att anbudsgivaren ska kvalificeras och gå vidare till utvärderingsfasen. Av punkten 1.2.2. *Inlämning av anbud* framgår vidare att: "*Samtliga krav, kriterier och frågor i förfrågningsunderlaget besvaras och redogörs för direkt i det elektroniska underlaget*".

Det framgår även av punkten 1.2.10 *Besvarande av krav och kriterier* att: "*För krav, kriterium eller fråga finns, som regel, utrymme för förtydli-*

gande/beskrivning i ett kommentars-/fritextfält där anbudsgivaren lämnar information när så efterfrågas”.

Av den nu ifrågavarande punkten 3.1.9. *Användarinformation till Malmö stads verksamhet* framgår att den efterfrågade informationen ska tillhandahållas brukaren, vilket indikerar att informationen kan tillhandahållas tillsammans med leverans av produkten och således inte i anbudet vid anbuds-lämningen. Omständigheten att det efter redogörelsen för vilken information som ska återfinnas i t.ex. bruksanvisningarna till produkterna stadgar *”redovisa svar och eventuella intyg/certifikat”* – utan att för den sakens skull möjliggöra sådan informationslämning genom sedvanlig och nödvändig svarsruta i gult som tillämpas i dessa standardformulär – saknar betydelse och har endast följt med punkten ifråga p.g.a. förbiseende. Det följer av förfrågningsunderlagets utformning enligt Tendsign att obligatoriska krav är markerade med symbolen för obligatoriskt krav, nämligen ett rött utropstecken inom en snedställd röd fyrkant som betyder att *”texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas”* och en gul svarsruta, med samma symbol i högra hörnet, för verifikation av kravet genom fråga t.ex. *”Uppfylls ovan angivna krav(ja/nej)”* alternativt i form av *”Fritextsvar”*. När bilagor som styrker kravet efterfrågas stadgas särskilt en fråga om detta inom den gula svarsrutan. Obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget är således markerade genom att markera kravet med den anvisade symbolen för sådana krav, det röda utropstecknet, samt genom den gula svarsrutan med möjlighet att verifiera att kravet uppfylls. För den ifrågavarande punkten 3.1.9 återfinns förvisso symbolen för obligatoriska krav i överrubriken, dock saknas den gula svarsrutan för verifikationskrav. Punkten är utformad som ett kontraktsvillkor som måste uppfyllas i avtalsrelationen, men har inte utgjort ett obligatoriskt krav i upphandlingen avseende information att information ska redovisas och fogas anbudet. Punkten 3.1.9 saknar således utformningen av ett obligatoriskt krav – både utseendemässigt och textmässigt. Därtill ska påpekas att det rent praktiskt inte gått att lämna svar på punkten direkt i

anbudsformuläret såsom förfrågningsunderlaget föreskrivit. Malmö stad påpekar här att inte heller Atea har redovisat informationen ”*direkt i det elektroniska underlaget*”. Varken Atea eller MacSupport har redovisat informationen till brukarna i det elektroniska underlaget såsom förfrågningsunderlaget föreskriver – och detta eftersom det inte är möjligt att redovisa informationen i det elektroniska underlaget då svarsmöjligheten i form av gul ruta med fritextsvar eller JA/NEJ-svar saknas samt då det inte heller har krävts av Malmö stad i upphandlingen. Därmed konstateras att MacSupports anbud är rent då det uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen. För det fall att MacSupport inte tillhandahåller efterfrågad information till brukarna vid leverans blir det en senare fråga inom ramen för Malmö stad och MacSupports avtalsrelation.

I andra hand gör Malmö stad gällande att för det fall att förvaltningsrätten kommer fram till att punkten 3.1.9 utgör ett obligatoriskt krav som måste styrkas vid anbudsinlämningen, innebär inte avsaknaden av svar på frågan en sådan brist som resulterar i att anbudet ska förkastas då det skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Det rör sig om ett så kallat frikopplat krav utan relevans för vare sig kvalificeringsfasen eller utvärderingsfasen i upphandlingen. Eftersom den påstådda bristen hade varit tillåten att komplettera vore det därutöver oproportionerligt att förkasta MacSupports anbud p.g.a. nämnda brist. Malmö stad skulle således ha brutit mot proportionalitetsprincipen om MacSupports anbud förkastades. Malmö stad har därmed genom att tilldela MacSupport upphandlingskontraktet agerat i enlighet med LOU i upphandlingen.

För frågan om möjligheten att acceptera ett anbud som innehar brister i anbudet på upphandlingens krav på form och innehåll eller övriga krav av substans i upphandlingen har principen om likabehandling en central roll. Av EU-domstolens praxis framgår att det strider mot likabehandlingsprincipen att som upphandlande myndighet acceptera ett anbud som inte uppfyller

samtliga grundläggande bestämmelser i kontraktshandlingarna. Tolkningen av likabehandlingsprincipen och praxis har även varit föremål för diskussion i doktrin. Sue Arrowsmith har bl.a. uttalat att om bristen i anbudet inte har någon substantiell påverkan på anbudet och därmed inte bidrar till att en otillbörlig fördel ges till anbudsgivaren vars anbud accepteras trots påstådd brist strider inte förfarandet mot likabehandlingsprincipen eller någon av de andra grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Arrowsmith påpekar skillnaden mellan avvikelser eller brister som är av grundläggande betydelse och de som inte är av grundläggande betydelse. Att inte följa ett föreskrivet krav ska anses vara en brist av grundläggande betydelse om anbudsgivaren tillgodoser sig någon fördel genom avvikelsen eller bristen. Den avgörande faktorn i huruvida likabehandlingsprincipen trätts förnär är således om anbudsgivaren i fråga, MacSupport, getts någon fördel genom förfarandet att acceptera anbudet trots påstådd brist. I den nu aktuella upphandlingen kan konstateras att så inte är fallet eftersom bristen i kravet saknar både koppling till kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Utvärderingen av MacSupports anbud trots den påstådda bristen i kravet har således inte gett Macsupport en fördel i förhållande till Atea. Av denna anledning hade det stridit mot proportionalitetsprincipen att framhärda i kravet och att förkasta MacSupports anbud. När det handlar om avvikelser som inte är av grundläggande betydelse finns det också en möjlighet för den upphandlande myndigheten att tillåta en komplettering i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Eftersom en komplettering hade varit förenlig med LOU kan konstateras att Malmö stad har agerat korrekt då det hade stridit mot LOU och de upphandlingsrättsliga principerna att förkasta anbudet. Under alla omständigheter har inte Atea lidit skada.

Atea genmäler bl.a. följande. Malmö stad har i punkten 3.1.9 sista stycket angivit följande: ”Redovisa svar och eventuella intyg/certifikat.” Så som staden har utformat förfrågningsunderlaget är det således ett obligatoriskt krav på att redan i anbudet redovisa den efterfrågade användarinformation-

en. Att kravet i sin helhet är obligatoriskt markeras genom att punktens rubrik har markerats med en symbol med ett rött utropstecken inuti en snedställd röd fyrkant. Den omständigheten att punkten inte innehåller något gult svarsfält förtar inte dess karaktär som ett obligatoriskt krav. Att samtliga obligatoriska krav inte innehåller någon gul svarsruta framgår av punkten 1.2.10, i vilken det anges bl.a. följande "*För krav, kriterium eller fråga, finns som regel (Ateas understrykning), utrymme för förtydliganden/ beskrivning i ett kommentarsfält-/fritextfält...*" Då det inte har funnits någon gul svarsruta eller liknande i anslutning till kravet i punkten 3.1.9, har Atea i en särskild bilaga redovisat sina svar angående användarinformationen för att på så sätt uppfylla Malmö stads uppställda krav i punkten.

Av såväl svensk praxis som praxis från EU-domstolen framgår det att en upphandlande myndighet som valt att ställa ett obligatoriskt krav också är skyldig att upprätthålla detta krav genom hela upphandlingsförfarandet. Det finns således inte någon möjlighet för Malmö stad att med en hänvisning till proportionalitetsprincipen avvika från det obligatoriska kravet på att redovisa svar och eventuella intyg/certifikat angående användarinformationen som finns uppställt i punkten 3.1.9.

Malmö stad har anfört att MacSupports anbud, trots påstådd brist, har kunnat antas då bristen i anbudet kunnat avhjälpas med en komplettering. En komplettering får endast ske om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen om komplettering i LOU ska tillämpas restriktivt. Nya saker får inte tillföras anbudet genom komplettering eftersom likabehandlingsprincipen då riskerar att åsidosättas. Eftersom MacSupport inte har lämnat några svar och eventuella intyg/certifikat avseende punkten 3.1.9 i förfrågningsunderlaget finns det inte några uppgifter att komplettera.

MacSupport bestrider Ateas yrkanden och instämmer i det som Malmö stad anfört.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Frågorna i målet

Atea har anfört att MacSupports anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till huruvida Atea har visat att det med anledning av de åberopade grunderna finns skäl för ingripande med stöd av LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Är kravet i punkten 3.1.9 i förfrågningsunderlaget ett obligatoriskt krav?

I punkten 3.1.9 "Användarinformation till Malmö stads verksamhet" i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

"Följande information ska tillhandahållas till slutanvändaren (brukaren), till exempel i bruksanvisningen eller i informationsblad för den enskilda produkten." Härfter anges i punktform vilken information som efterfrågas.

I punkten 1.2.2. "Inlämning av anbud" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

"Samtliga krav, kriterier och frågor i förfrågningsunderlaget besvaras och redogörs för direkt i det elektroniska underlaget. Anbudsbilagor bifogas endast vid begäran i förfrågningsunderlaget alternativt vid längre redogörelser, bilder eller verifikation av handlingar såsom certifikat, bilder, systemprocesser, intyg eller liknande."

I punkten 1.2.10 "Besvarande av krav och kriterier" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

"Krav är obligatoriska och måste vara uppfyllda. Beskrivningar och redogörelser är en viktig del av anbudsgivningen. Därav behöver svar med beskrivning och redogörelse vara tydliga och uttömmande. För krav, kriterium eller fråga finns, som regel, utrymme för förtydligande/beskrivning i ett kommentars-/fritextfält där anbudsgivaren lämnar information när så efterfrågas. Likaså kan kommentarsfältet användas för förtydligande beskrivning."

Av symbolförklaringen i upphandlingsdokumentet framgår att symbolen med ett rött utropstecken i en snedställd kvadrat markerar att texten eller frågan innehåller krav som måste uppfyllas.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten 3.1.9 i förfrågningsunderlaget är markerad med den ovan beskrivna symbolen.

Malmö stad har anfört att det saknas en gul svarsruta efter kravet och har gjort gällande att detta innebär att kravet inte är obligatoriskt. Det har enligt Malmö stad således inte varit möjligt att lämna efterfrågad information direkt i det elektroniska underlaget.

I den aktuella punktens sista stycke har Malmö stad dock angivit ”Redovisa svar och eventuella intyg/certifikat”. Enligt förvaltningsrätten är texten i punkten 3.1.9 formulerad på sådant sätt att det som efterfrågas är att anse som ett obligatoriskt krav som måste uppfyllas.

Myndigheter ska redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till ändamålet för upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av hur texten i punkten 3.1.9 är formulerad och att symbolen med ett rött utropstecken i en snedställd kvadrat är markerad i anslutning till rubriken, att punkten i sin helhet är att anse som ett obligatoriskt krav som måste vara uppfyllt redan vid anbudslämningen. Att punkten inte innehåller något gult svarsfält ändrar inte denna bedömning. Malmö stad har invänt att förfrågningsunderlaget föreskriver att krav i upphandlingen ska besvaras direkt i det elektroniska underlaget. Enligt förvaltningsrätten är inte detta tillräckligt tydligt angivet i förfrågningsunder-

laget, då det av punkten 1.2.10 framgår att ”för krav, kriterium eller fråga finns, som regel, utrymme för förtydliganden/beskrivning i ett kommentars-/fritextfält (...)”. Denna formulering indikerar enligt förvaltningsrätten att möjlighet finns att redovisa svar på annat sätt än elektroniskt.

Uppfyller MacSupport kravet i punkten 3.1.9?

Det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för Malmö stad. Enligt förvaltningsrätten har kravet en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses oproportionerligt.

Det är i målet ostridigt att MacSupport inte har bifogat den information som efterfrågas i punkten 3.1.9. Eftersom MacSupport inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen har Malmö stad agerat i strid med bestämmelserna i LOU när MacSupports anbud har utvärderats och godtagits.

Har Atea lidit skada?

Atea har vid utvärderingen placerats på andra plats i upphandlingen. Atea har därmed lidit eller kunnat komma att lida skada genom att MacSupport felaktigt tilldelats kontraktet. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt LOU mot upphandlingen.

Val av ingripande

Atea yrkar att upphandlingen ska rättas och att ny utvärdering ska ske. Vid en överprövning är förvaltningsrätten dock inte bunden av sökandens yrkande. Om de omständigheter som sökanden åberopar föranleder ingripande

enligt LOU beslutar rätten om ingripande ska ske i form av antingen förordnande om rättelse på visst sätt eller att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad har i förfrågningsunderlaget ställt upp ett obligatoriskt krav som sedan inte upprätthållits. Härigenom kan upphandlingens konkurrensuppsökande skede anses ha skadats. Upphandlingen ska därför göras om (jfr HFD 2016 ref. 37 II).

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



Louise af Klint

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

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

Forts. nästa sida

