



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2018-07-09

Meddelad i Göteborg

Mål nr

14397-17

SÖKANDE

Staples Connect Sweden AB, 556522-3939

Bäckstengatan 13

431 49 Mölndal

Ombud:

Advokaten Sven Vaxenbäck, och biträdande juristerna Viveka Heimer och

Mattias Forsberg

Box 2235

403 14 Göteborg

MOTPART

Kungsbacka kommun

Stadshuset

434 81 Kungsbacka

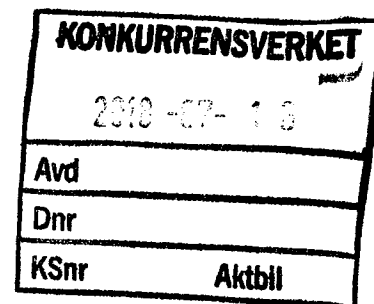
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad

LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 545721

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND

Kungsbacka kommun genomför en upphandling av *datorer och surfplattor*, dnr 17/110. Av tilldelningsbeslut och anbudssammanställning daterad den 11 december 2017 framgår att tre anbud kommit in och att samtliga kvalificerats för utvärdering. Atea Sverige AB:s anbud har vunnit upphandlingen, Office IT-Partner Väst AB:s anbud har placerats på andra plats och Staples Connect Sweden AB:s anbud har placerats på tredje plats.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl till ingripande i upphandlingen på grund av att Atea Sverige AB:s anbud samt Office IT-Partner Väst AB:s anbud inte uppfyller obligatoriska krav och om Staples Connect Sweden AB i så fall har lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta.

YRKANDEN M.M.

Staples Connect Sweden AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsprövning ska genomföras varvid respektive anbud från Atea Sverige AB (Atea) och Office IT-Partner Väst AB (Office IT-Partner) ska förkastas. Om förvaltningsrätten anser att även bolagets anbud inte uppfyller obligatoriska krav och att därmed inga giltiga anbud kvarstår bör förvaltningsrätten förordna om att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens genom att ha godtagit såväl Ateas som Office IT-Partners anbud trots att dessa inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Bolaget har till följd av detta lidit eller riskerat att lida skada.

Brister i Ateas anbud

Av Bilaga 1 Teknisk specifikation av enheter samt förtydligandet från kommunen i dokumentet Frågor och svar (gällande fråga 11, 15 och 28) framgår att kommunen avseende flera efterfrågade produkter har uppställt obligatoriska krav som innebär att offererade datorer ska ha genomgått och klarat hållbarhetstest enligt MIL-STD-810G och att detta ska vara uppfyllt vid anbudstidens utgång.

I Bilaga 1 finns ett krav på att posten ”Elevdator FG” ska ha genomgått ovan angivna hållbarhetstest. Av specifikationen för Ateas för denna post offererade produkt kan i översikten utläsas att produkten är ”Designed to pass MIL-STD-810G Testing”. Denna uppgift innebär att produkten inte har genomgått och därmed inte heller klarat de aktuella hållbarhetstesterna. Om produkten hade genomgått och klarat testerna hade det i specifikationen stått angivet ”Passed MIL-STD testing”. Det krav som uppställts i upphandlingen är således inte uppfyllt varför anbudet borde ha förkastats.

För posten ”Bärbar Standard Plus” finns i Bilaga 1 krav på att produkten ska ha genomgått hållbarhetstest MIL-STD-810G. För posten ifråga har Atea offererat produkten HP IDS UMA i5-7200U 840 G5 (HP Elitebook 840 G5) som, såvitt bolaget känner till, inte var utkommen och lanserad på marknaden vid anbudsinlämningen. Av kommunens förtydligande den 29 november 2017 framgår av svar på fråga 28 i dokumentet Frågor och svar i upphandlingsdokumentet att anbudsgivarna, för modeller som ännu inte nått marknaden, har haft möjlighet att skicka med en försäkran från leverantör med syfte att styrka att offererade modeller uppfyller kraven och att produkten finns tillgänglig för kommunen första dagen då avtalet träder ikraft. Atea har inte lämnat några leverantörsförsäkringar till sitt anbud varför ovan nämnda krav inte uppfylls.

I specifikationen för den av Atea offererade produkten HP IDS UMA i5-7200U 840 G5 anges vilka portar som finns. I listan saknas uppgift om att den aktuella datorn skulle ha någon VGA-port. Detta innebär att det relevanta kravet för skärmanslutning i Bilaga 1 för produkten ”Bärbar Standard Plus”, innebärande att bl.a. VGA ska finnas integrerat, inte är uppfyllt.

Brister i Office IT-Partners anbud

I punkten 3.2.5 i upphandlingsdokumentet uppställs ett kvalificeringskrav på leverantören. Kravet innebär att anbudsgivaren ska vara ansluten till auktoriserad Apple-återförsäljare och inneha återförsäljar-ID för DEP. Vidare framgår av kravet att anbudsgivaren ska bifoga bevis och verifikation för att visa att man uppfyller detta. Office IT-Partner har till anbudet bifogat en redogörelse som uppger att bolaget är auktoriserad Apple-återförsäljare och anslutet till DEP samt ett e-postmeddelande från dess distributör TechData som intygar att Office IT-Partner är auktoriserad DEP-partner.

Enligt bolagets mening kan de av Office IT-Partner ingivna dokumenten inte anses utgöra bevis eller verifikation på att kravet är uppfyllt, eftersom avsändaren inte är behörig utfärdare av auktorisationen ifråga. Kommunen borde därför rätteligen förkastat även Office IT-Partners anbud på grund av denna brist. Det kan i sammanhanget även nämnas att kommunen har att bedöma Office IT-Partners kravuppfyllnad utifrån de befintliga uppgifterna i anbudet eftersom egna efterforskningar från kommunens sida för att kontrollera uppgifterna eller en förfrågan om komplettering till Office IT-Partner skulle innebära ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Bolagets anbud

Kommunens påståenden om brister i bolagets anbud ryms inte inom processens ram eftersom bolaget inte själv har ifrågasatt sitt eget anbuds kravupp-

fyllelse i upphandlingen. Det är sökandens talan som ska avgöras i upphandlingsmål och om det till följd av den talan finns skäl för ingripande enligt LOU. Rättspraxis ger uttryck för att principen reformatio in pejus har genomslag även i upphandlingsmål och förvaltningsrätten är därför förhindrad att vid prövningen av målet beakta och ta ställning till kommunens påståenden om brister i bolagets anbud.

Om förvaltningsrätten trots det ovan anförda anser att kommunens invändningar om brister i bolagets anbud kan prövas i detta mål menar bolaget att dess anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen. De bärbara datorerna ska enligt kravet i upphandlingsdokumentet ha en vikt på 1,70 kg, vilket bolagets offererade datorer från Fujitsu har. Bolagets anbud, och dess offererade produkt från Fujitsu, uppfyller även ställda krav gällande integrerad HDMI.

Väljer förvaltningsrätten att pröva kommunens invändningar och finner att kommunen har stöd för sitt påstående om bristande uppfyllelse av kraven hos bolagets anbud har bolaget ändå lidit eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom inte heller Ateas och Office IT-Partners anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten bör således, om rätten anser att inga giltiga anbud kvarstår i upphandlingen, förordna om att upphandlingen ska göras om.

Kungsbacka kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har inte agerat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens eller LOU. Kommunen ifrågasätter också om bolaget lider eller riskerar att lida skada. Ateas och Office IT-Partners respektive anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen.

Ateas anbud

Ateas anbud uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen. Vad gäller hållbarhetstest framgår av upphandlingens dokument Frågor och svar att tillverkaren med ett officiellt dokument kan styrka att produkterna har genomgått och klarat MIL-STD-810G. Det framgår vidare av samma dokument att för modeller som inte har nått marknaden kan anbudsgivaren skicka med en leverantörsförsäkran för produkterna. Däremot framgår inte i upphandlingsdokumentet inklusive Frågor och svar att anbudsgivaren ska bifoga sådan dokumentation till anbudet eller att produktkravet ska vara uppfyllt vid tiden för anbudslämnande.

Vad gäller VGA-port har sådan funnits för HP-modell 840 under fem år vid tiden för anbudslämnandet. Produkten existerade inte på allmänna marknaden vid tidpunkten utan produkt samt produktspecifikationer har tillgängliggjorts vid senare tillfälle. Kommunen har inte ställt krav i upphandlingsdokumentet på att tekniska specifikationer ska bifogas anbudet och anbudsgivaren har gått i god för att samtliga produktkrav uppfylls.

Office IT-Partners anbud

Bolagets påstående om att Office IT-Partners anbud inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen är felaktigt. Intyg som bifogats anbudet avseende Office IT-Partner som auktoriserad Apple-återförsäljare innehåller såväl Office IT-Partners återförsäljar-ID som intyg av tredje part om att uppgifterna är korrekta. Kommunen har inte ställt krav i punkt 3.2.5 på att intyget ska vara utfärdat av särskild utpekad tredje part, utan enbart att anbudsgivare ska bifoga bevis på att man är auktoriserad Apple-återförsäljare. Till anbudet bifogat intyg, varav bl.a. även ID-numret framgår, utgör tillräcklig sådan bevisning.

Bolagets anbud

Bolagets anbud i förhållande till kraven i upphandlingsdokumentet uppfyller inte samtliga krav. Det finns brister i bolagets anbud avseende viktkrav samt krav på integrerad HDMI enligt Bilaga 1 Teknisk specifikation av enheter. Kraven återfinns under flik ”Bärbar standard (13-14)”, Vikt inklusive batteri, flik ”Bärbar standard (Plus)”, Vikt inklusive batteri, samt under flik Stationär Ultrakompakt, Skärmanslutning, och därtill kompletterande publik fråga nummer 4 gällande integrerad HDMI. Bolaget kan därmed omöjligt lida skada och överprövningen bör avslås redan på denna grund (jämför bl.a. Kammarrättens i Stockholm avgörande i mål nr 924-12).

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**Tillämpliga bestämmelser**

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning

Processens ram

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Regeringsrättens [numera Högsta förvaltningsdomstolen] avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Kungsbacka kommun har anfört att det vid en förnyad granskning av bolagets anbud kommit fram brister i uppfyllelsen av obligatoriska krav gällande viktkrav samt krav på integrerad HDMI och att bolaget av detta skäl inte kan lida skada och att ansökan om överprövning därmed bör avslås.

Frågan är om rätten kan beakta en invändning från den upphandlande myndigheten under processen om att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett obligatoriskt krav, trots att myndigheten vid utvärderingen av anbuden funnit att så var fallet.

Upphandlande myndighet anses inte bunden av de bedömningar som gjorts inför ett tilldelningsbeslut. Ända tills dess att ett kontrakt ingåtts kan myn-

digheten fatta ett nytt tilldelningsbeslut (jfr Kammarrättens i Jönköping beslut i mål nr 21–38-11 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4675-13 och 5880-13). Därmed bör det inte finnas något hinder för myndigheten att i aktuell process ändra uppfattning i frågan om ett anbud uppfyller ställda krav (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1641-15). I förvaltningsrätten är den upphandlande myndigheten ofta, i vart fall inledningsvis, den enda motparten och bör ha samma möjligheter som den vinnande leverantören att framföra invändningar mot en ansökan om överprövning.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 24 framgår att frågor som är självständiga i förhållande till ansökningen om överprövning inte prövas i målet. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i avgörandet HFD 2013 ref. 5 att det som ska avgöras i ett upphandlingsmål är om det till följd av sökandens talan finns skäl för ingripande enligt LOU. Detta innebär därmed att endast invändningar som ansluter till sökandens talan kan beaktas. Således ska den upphandlande myndighetens invändningar beaktas i den del de utgör ett bemötande av den leverantör på vars talan överprövning sker. För att så ska vara fallet ska invändningarna avse de sakförhållanden som överprövande leverantörs talan rör (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1641-15).

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till blir således om de invändningar Kungsbacka kommun anfört gentemot bolagets anbud rör sådana sakförhållanden som bolagets talan rör eller om invändningarna utgör självständiga frågor.

Bolaget har anfört brister i Ateas respektive Office IT-Partners anbud gällande uppfyllelsen av obligatoriska krav avseende hållbarhetstest och portar respektive auktoriserade återförsäljare. Kungsbacka kommuns invändningar mot bolagets anbud avser inte dessa obligatoriska krav utan andra obligatoriska krav i upphandlingen. Det kommunen har anfört måste därmed betrak-

tas som självständiga frågor och inte en del av bemötandet av uppgifterna i bolagets ansökan om överprövning. Kungsbacka kommuns invändningar mot bolagets anbud kan därför inte beaktas i detta mål (jfr även Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 897-14 och Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 388-13).

Förvaltningsrätten övergår härfter till prövning av övriga frågor i målet.

Office IT-Partners anbud

Bolagets anbud har placerats efter Office IT-Partners anbud vid utvärderingen av upphandlingen. Bolaget har anfört att Office IT-Partners anbud brister i uppfyllelsen av kvalificeringskravet i avsnitt 3.2.5 i upphandlingsdokumentet.

Av avsnitt 3.2.5 i upphandlingsdokumentet framgår följande:

”3.2.5 Auktoriserad apple-återförsäljare

Anbudsgivaren ska vara ansluten auktoriserad Apple-återförsäljare och innehålla återförsäljar-ID för DEP*. (*Apples enhetsregistreringsprogram på engelska även kallat Device Enrollment Program DEP). [...] Anbudsgivare ska bifoga bevis på att man är auktoriserad Apple-återförsäljare som är ansluten till Apple DEP. Bifoga verifikation på uppfyllnad av krav avseende att anbudsgivaren är Auktoriserad appleåterförsäljare och ansluten till Apple Device Enrollment Program.”

Office IT-Partner har utifrån ovan angivna krav i sitt anbud bl.a. angett att bolaget är auktoriserad Apple-återförsäljare samt angett ID-nummer för detta, att är ansluten till DEP samt angett vilket DEP-ID deras reseller/återförsäljare har samt angett vilken underleverantör samt distributör som används och vilket distributörs-ID dessa har. Utöver detta har Office IT-Partner till sitt anbud bifogat ett e-postmeddelande från sin distributör

där denne intygar att Office-IT Partner är auktoriserad DEP-partner samt angett DEP-ID.

Bolaget har anfört att ovan angivna dokumentation inte kan anses utgöra bevis eller verifikation på att kravet i 3.2.5 är uppfyllt då avsändaren inte är behörig att utfärda auktorisationen ifråga.

Av formuleringen i avsnitt 3.2.5 framgår att anbudsgivaren i sitt anbud ska verifiera att denne är auktoriserad Apple-återförsäljare samt ansluten till Apple DEP. Det framgår inte på vilket sätt eller vem som ska utföra denna verifikation. Ett intyg från någon tredje part, som Office IT-Partners distributör måste betraktas som, samt en angivelse av ID-nummer för auktoriseringen ifråga måste enligt förvaltningsrätten anses tillräckligt för att kravuppfyllelsen ska vara verifierad. Förvaltningsrätten anser därför att det inte är visat att Office IT-Partner inte uppfyller obligatoriska krav med anledning av detta.

Ateas anbud

Bolaget har anfört att Ateas anbud, vilket vunnit upphandlingen, inte uppfyller ett antal obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten har inte ansett att bolaget kunnat visa att Office IT-partners anbud, som placerats på en andra plats vid utvärderingen av anbudet, inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Bolaget, vars anbud placerades på en tredje plats i utvärderingen, har därmed inte kunnat visa att det lidit eller riskerat att lida skada till följd av att Ateas anbud eventuellt inte skulle uppfylla samtliga obligatoriska krav. Vid denna utgång saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ta ställning till bolagets invändningar mot Ateas anbud.

I konsekvens med att förvaltningsrätten funnit att bolaget inte kunnat visa att det lidit eller riskerat att lida skada ska ansökan om överprövning avslås.

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

Ann-Carin Glimstedt

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



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

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.