



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-10-16
Meddelad i Karlstad

Mål nr
2739-12 E

SÖKANDE

BKE TeleCom AB, 556465-1551
Ramgatan 2
653 25 Karlstad

Ombud: Advokaten Henrik Nilsson
Advokatfirman Allians
Järnvägsgatan 9 C
652 25 Karlstad

MOTPART

Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -10- 17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår BKE TeleCom AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 70071

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH PARTERNAS INSTÄLLNING

Landstinget i Värmland har inlett en offentlig upphandling avseende "terminaler och tillbehör", dnr UE/120029. Enligt en reviderad upphandlingsrapport daterad den 20 juni 2012 har BKE TeleCom AB inte uppfyllt ställt krav avseende mobiltelefonkamera om minst 5 megapixlar (positionen 1.2.3.7).

BKE TeleCom AB yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska beaktas vid utvärderingen. BKE TeleCom AB yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

BKE har inför prissättningen av anbudet bedömt att ett utbyte av 20 standardkameror på mobiltelefonen NOKIA E52 till 20 stycken kameror med en sensorstorlek på minst 5 megapixlar skulle innebära en avsevärd kostnadsbesparing för landstinget då såväl arbetskostnaden som kostnaden för den tekniska utrustningen helt skulle falla på BKE jämfört med att offerera en telefon med minst 5 megapixlar i standardutförande. BKE gör gällande att kravet om "sensorstorlek om minst 5 megapixlar" ska förstås som ett krav på att telefonens kamera vid leverans ska vara utrustad med rätt antal megapixlar. Bolaget har svarat ja på samtliga frågor om anbudsgivaren uppfyller samtliga obligatoriska krav. Frågan som uppkommer är då om BKE ska uteslutas ur upphandlingen för att denna kapacitet inte är standard utan levereras först efter utbyte av standardkameran med en sensorstorlek om 3.2 megapixlar. BKE är av uppfattningen att skall-kravet inte kan förstås som ett krav på standardkamera utan i stället att det ska förstås som en funktion, dvs. telefonen ska vara utrustad med 5 megapixlar. En sådan begränsning framstår inte heller som ändamålsenlig eftersom det faktum att telefonen normalt levereras med lägre kapacitet inte i sig påverkar telefonens funktion som synkroniseringsterminal för e-post och kalender.

Av de administrativa föreskrifterna framgår att landstinget inte begränsat upphandlingen till att endast avse standardprodukter. Det skulle strida mot principen om förutsägbarhet om bolaget endast på den grunden att offererad utrustning inte utgör standardutrustning skulle bli utesluten. Den upphandlande myndigheten kan inte heller uppställa krav på att enbart standardprodukter offereras, ett sådant krav skulle begränsa möjligheten för anbudsgivare som modifierar sina telefoner.

Landstinget skulle i anledning av BKEs anbud ställt en kompletterande fråga för att ge anbudsgivaren möjlighet att förtydliga hur de avsett att leverera ifrågavarande telefon med en kamera om minst 5 megapixlar. Att inte ställa frågan kan således anses bryta mot själva grunden för upphandlingen, dvs. att teckna avtal med den leverantör som kan erbjuda det för landstinget lägsta priset.

Härutöver görs gällande att det skulle strida mot principen om proportionalitet att utesluta BKE på den grunden att endast en mycket liten del av kontraktsvärdet inte offererats med en funktion som i sig inte utgör en förutsättning för ändamålet, dvs. att synkronisering av epost- och kontakter uppfylls.

Kravet att enbart ange en enskild produkt per position bryter mot kravet på förutsägbarhet för anbudsgivaren och är oproportionerligt i förhållande till vad som upphandlas. Anbudsgivaren måste, för att undvika eventuella avtalsbrott, köpa upp det antal enheter som landstinget angett som uppskattad förbrukning per år. Det finns ingen möjlighet för leverantören att fritt ersätta utgångna produkter.

Landstinget i Värmland bestrider bifall till ansökan och anför i svar huvudsakligen följande.

Landstinget har inte haft anledning att anta att bolaget har offererat något annat än NOKIA E52 med kameracapacitet om 3.2 megapixlar. Något annat har inte framgått av anbudet.

Landstinget har efterfrågat en telefon med kamera om 5 megapixlar. Nokia E52 har 3.2 megapixlar. Att bolaget tänkt sig leverera en ombyggd version eller ett annat utförande än det som faktiskt offererats är inte föremål för bedömning i landstingets utvärdering. Det spelar därför ingen roll att bolaget angett att man uppfyllt samtliga obligatoriska krav i sitt anbud. Huruvida bolaget uppfattat kravet på 5 megapixlar som en funktion eller ett krav på standardkamera eller annan benämning på kamera är irrelevant.

Skulle den offererade produkten tas bort från marknaden under avtalsperioden finns det möjlighet för leverantören att erbjuda ersättningsprodukt under förutsättning att den har minst motsvarande funktion som den avtalade produkten. Detta finns reglerat i förfrågningsunderlaget vilket bolaget har accepterat i sitt anbud. Det finns således ingen anledning för landstinget att acceptera alternativa produkter och detta är heller inget som bryter mot upphandlingslagstiftningens principer.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 6 § 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 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet 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.

Enligt 11 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

Enligt 11 kap. 10 § LOU ska de krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet som den upphandlande myndigheten har ställt kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

Av 11 kap. 11 § 11 p framgår att när det gäller varor som ska levereras får den tekniska kapaciteten styrkas genom prover, beskrivningar eller foto-

grafier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten begär det.

Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget i Värmland har ställt krav på BKE TeleCom AB:s tekniska kapacitet, i relevant avseende gäller detta att offererade mobiltelefonkameror ska ha en kapacitet om minst 5 megapixlar. Landstinget har därmed i enlighet med 11 kap. 10 § LOU varit skyldigt att kontrollera och bedöma om BKE TeleCom AB uppfyllt detta krav. Detta eller anslutande krav innebär inte någon begräsning av det slaget att endast anbud som avser standardtelefoner kan lämnas. Av bolagets anbud framgår att telefonen Nokia E52 offererats. Det är ostridigt i målet att denna telefon i grundutförande inte har en kamera som uppfyller kravet om 5 megapixlar. Av bolagets anbud framgår inte att den offererade telefonmodellen skulle vara modifierad för att uppfylla ifrågavarande krav. BKE TeleCom AB har som skäl för sin talan anfört att bolaget, under alla förhållanden, genom sitt anbud åtagit sig att vid leverans uppfylla samtliga ställda skall-krav. Av 11 kap. 1 § LOU följer emellertid att kontrollen av leverantörens lämplighet ska utföras innan kontrakt tilldelas, att som BKE TeleCom AB då endast intyga att bolaget vid leveranstillfället kommer att uppfylla förevarande krav är således inte godtagbart. Landstinget i Värmland har därför rätteligen förkastat BKE TeleCom AB:s anbud.

BKE TeleCom AB har vidare invänt att landstinget borde ha gett bolaget möjlighet att förtydliga anbudet. Ifråga om förtydligande och komplettering av anbud uttrycks detta i 9 kap. 8 § LOU emellertid som en möjlighet den upphandlande myndigheten har att förfoga över. Det har följaktligen inte ålegat landstinget någon skyldighet att med anledning av anbudets innehåll kontakta bolaget.

Enbart den omständigheten att förevarande skall-krav endast omfattar en del av upphandlingen medför inte ett brott mot proportionalitetsprincipen. Att vad gäller mobiltelefoner uppställa krav på kamerakapacitet står vidare enligt förvaltningsrättens uppfattning i rimlig proportion till det mål som eftersträvas i upphandlingen.

Som landstinget uppgett anges det i förfrågningsunderlaget under vilka förhållanden leverantören kan erbjuda ersättningsprodukter. Att det saknas möjlighet för en leverantör att ensidigt besluta om produktändringar innebär inte att förfrågningsunderlaget står i strid mot upphandlingslagstiftningens grundläggande principer.

Landstinget i Värmland har vid dessa förhållanden inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. BKE TeleCom AB har därför inte lidit eller kan komma att lida skada. BKE TeleCom AB:s ansökan ska följaktligen avslås.

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



Bo Forsberg

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin