



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
Förvaltningsrättsnotarien
M Abrahamsson

DOM
2011-02-17
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
4676-10 E

SÖKANDE
SIBA AB, 556112-9742
Jägerhornsväg 4
171 41 Kungens Kurva

MOTPART
Ånge kommun
841 81 Ånge

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

KONKURRENSVERKET	
2011-02-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till ansökan förordnar förvaltningsrätten att Ånge kommun får avsluta upphandlingen avseende AV-produkter (ref nr 2010/15) först efter att den rättats på så sätt att ny utvärderingen sker efter den utvärderingsmodell som framgår av förfrågningsunderlaget.

Dok.Id 15937

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
08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Ånge kommun, som genomför upphandling avseende AV-produkter (ref nr 2010/15), har i tilldelningsbeslut den 24 november 2010 meddelat att avtal kommer att tecknas med ett annat bolag än SIBA AB (bolaget). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. För att någon produkt ska vara likvärdig med referensprodukten anser kommunen att det i princip ska vara samma produkt med samma programvara. Ett förfarande som inte är förenligt med LOU. Bolaget har offererat en produkt som är likvärdig eller bättre än referensprodukten. Programvaran till referensprodukten får enligt licensen inte användas med konkurrerande produkter. Detta får resultatet att endast ett varumärke kan offereras och att köparen får betala ett högre pris, vilket är fallet i nu aktuell upphandling. De lärplattformar kommunen hänvisar till är inte lärplattformar utan två hemsidor varav den ena är referensprodukten egen hemsida. Den av bolaget offererade produkten fungerar med alla förekommande interaktiva läromedel från alla förlag. Det finns ingen utredning av exempelvis Skolverket som visar att referensprodukten skulle vara bättre eller mer pedagogisk än andra interaktiva skrivtavlor.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Interaktiva skrivtavlor är en tekniskt mycket avancerad produkt både avseende hårdvara och mjukvara. Det skulle vara ytterst komplicerat att specificera produktkraven i upphandlingsunderlaget på sådant sätt att man säkert får rätt utförande, funktioner och kvalitet. Det finns heller ingen vedertagen standard för denna produktkategori att hänvisa till, vilket är anledningen till att kommunen valt att ange en referensprodukt. Det har tydligt angetts att annan likvärdig produkt får offereras. Kommunen anser inte att den offererade produkten är likvärdig med den refererade. Produkterna skiljer

sig på fler punkter. Referensprodukten har exempelvis ett bildgalleri med 6000 bilder samt ett svenskt galleri med interaktiva övningar direkt knutna till skola och undervisning. Den offererade produkten har ett bildgalleri som i huvudsak är anpassat till England/USA. Bilder, lektionsunderlag m.m. är i regel på engelska. Läs- och skrivprogrammen är på engelska och kan inte användas i undervisningen på svenska. Det finns förvisso svenska översättningar i vissa delar. Interaktiva övningar finns inte i motsvarande grad. Vidare har referensprodukten en s.k. ”magisk penna” som kan användas för att manövrera tavlans funktioner. Den offererade produkten har i stället ett knappsystem med menyer vilket är omständligare och inte lika pedagogiskt. Vidare har referensprodukten OCR-igenkänning av handskrift. Den offererade produkten saknar denna funktion. Bolaget anför att den refererade produkten genom licensavtal och andra åtgärder försöker begränsa konkurrensen. Detta är inte en fråga för kommunen utan för Konkurrensverket. Det strider inte mot LOU att ställa krav på teknisk prestanda som är relevanta och proportionerliga. Vid annonseringstillfället var endast en produkt som uppfyller kraven känd av kommunen. Att Skolverket inte utvärderat olika interaktiva skrivtavlor visar inte på att de är likvärdiga. Att andra skolor och kommuner valt den offererade produkten visar inte heller på att de är likvärdiga då kraven och ändamålen kan ha varit andra.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §, ansökan om överprövning (16 kap. 1 § LOU).

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

Förvaltningsrättens bedömning

Av utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare som prövats och godkänts i kvalificeringsfasen och vars anbud inte avviker från i underlaget ställda krav, går vidare till anbudsutvärdering. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud kvalificerats.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbuderna kommer att utvärderas med hänsyn taget till lägsta pris. Utvärderingssumman baseras på kalkylerad årskostnad per produktgrupp utifrån den angivna årsvolymen och offererat pris och rabattsats för respektive produkt enligt Prisbilagan. Anbud med lägst årskostnad för respektive produktgrupp kommer att antas som leverantör av produkter inom produktgruppen. Förvaltningsrätten anser att den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsgrunden får anses klar och tydlig och att den därmed uppfyller de krav som ställs i LOU.

Kommunen har dock vid utvärderingen i fråga om lägsta pris vägt in uppgift om huruvida programvaran är kompatibel med viktiga lärplattformar, har bildgallerier och program på svenska eller OCR-igenkänning. Det har varken i förfrågningsunderlaget eller i prisbilagan lämnats upplysning om att programvarans egenskaper avseende kompatibilitet, bildgallerier eller OCR-igenkänning skulle komma att vägas in i fråga om lägsta pris. De specifika produktkrav som framgår i förfrågningsunderlaget finns i avsnitt 4.2, där det bl.a. anges att mjukvaran ska vara tillgänglig på svenska eller engelska, uppdatering av mjukvaran ska kunna ske kostnadsfritt och beställarens personal ska ha rätt att fritt installera mjukvaran på dator i hemmet.

Kommunen har hävdat att det skulle vara ytterst komplicerat att specificera produktkrav i förfrågningsunderlaget så att man får rätt utförande, funktion och kvalitet. Förvaltningsrätten finner dock att de områden som kommunen anmärkt på i utvärderingen, exempelvis bildgalleri anpassat till svenska förhållanden, utan problem kunde tas in som krav i förfrågningsunderlaget. Dessa krav kan inte anses vara så tekniskt komplicerade att de inte kunnat skrivas ut i förfrågningsunderlaget, lämpligen under punkten 4.2. Det strider inte mot LOU att ställa krav på teknisk prestanda som är relevanta och proportionerliga, men dessa krav ska klart framgå av förfrågningsunderlaget.

Av anbudsprövning enligt lägsta pris följer att en sådan anbudsprövning alltid måste leda till att anbudet med det lägsta priset ska antas. Genom att vid utvärderingen av anbuderna frångå den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen har kommunen brutit mot de grundläggande principerna enligt LOU.

Bolaget har ett lägre anbudspris än vinnande anbud. Bolaget får anses ha visat att bristen är sådan att den medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 5 § LOU föreligger därför.

Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum, oavsett hur yrkandena utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Vidare ska beaktas att kommunen inte gjort sannolikt att den konstaterade bristen medför skäl för att göra om upphandlingen. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas (se RÅ 2005 ref. 47).

Denna rättelse ska bestå i att ny utvärderingen ska ske efter den utvärderingsmodell som framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen får således inte lägga andra villkor än de som klart framgår av förfrågningsunderlaget till grund för utvärderingen.

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



Kerstin Widmark



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

