



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Mariestad
 Göran Sundberg

DOM
 2010-06-16
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 1224-10 E
 Rotel 2:5

SÖKANDE

1. AB Bäckaskog Media, 556169-1485
 Sjölyckevägen 2
 290 34 Fjälkinge

Ombud: Advokat Peter Olofsson
 Kristianstad Advokatbyrå AB
 Box 24
 291 21 Kristianstad

2. Preagera AB, 556710-3360
 Jägersrovägen 160
 212 37 Malmö

Ombud: Robert Ågren
 Preagera AB
 Jägersrovägen 160
 212 37 Malmö

MOTPART

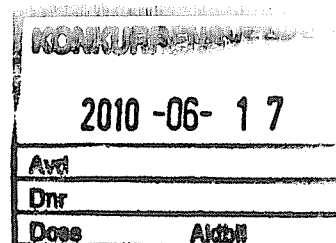
Mediapoolen Västra Götaland AB, 556601-4741
 Box 305
 541 27 Skövde

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

1. Med bifall till ansökningarna förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen av ramavtal inom AV-utrustning till Mediapoolen Västra Götaland AB (Mediapoolen) ska göras om.
2. Länsrätten i Mariestads beslut den 22 december 2009 ska inte längre gälla.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Mediapoolen inbjöd den 3 september 2009 till anbudsgivning (öppet förfarande) avseende ramavtal inom AV-utrustning. Mediapoolen beslutade den 17 december 2009 att tilldela Norlanders kontraktet för produktgrupperna videokameror, digitala stillbildskameror, diktafoner, ljudanläggningar, DVD-spelare, TV-apparater och CD-spelare samt AV-Syd kontraktet för produktgrupperna projektorer och interaktiva skrivtavlor.

Efter att Preagera AB (Preagera) ansökt om överprövning förordnade Länsrätten i Mariestad att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas. Sedan länsrätten upphört har målet handlagts vid Förvaltningsrätten i Jönköping.

I ansökan om överprövning yrkar Preagera att upphandlingen ska göras om, främst med avseende på produktgrupperna projektorer och interaktiva skrivtavlor.

AB Bäckaskog (Bäckaskog) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om.

Mediapoolen motsätter sig bifall till ansökningarna.

PARTERNAS TALAN

Till stöd för sin talan har parterna anfört i huvudsak följande.

Preagera

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka typer av produkter eller vilka specifikationer produkterna inom respektive kategori eller vilka specifikationer produkterna inom respektive kategori ska uppfylla. Vad gäller

området projektorer kan området omfatta bärbara projektorer, projektorer för konferensrumsbruk, projektorer för hemmabio/filmvisning i klassrum, projektorer för auditorium, projektorer som lämpar sig för biografliknande förhållanden. Samtliga exempel har sina egna unika specifikationer samt för- och nackdelar. Vad gäller området interaktiva skrivtavlor har dessa också varierande kvaliteter och specifikationer. Genom att inte ange vilka specifikationer respektive produktgrupp ska uppfylla har Mediapoolen inte angett vilka typer av produkter som utgör upphandlingsföremål, vilket strider mot kravet på öppenhet och transparens. Det går helt enkelt inte, utan att definiera upphandlingsföremålet i fråga, genomföra en upphandling så att anbudsgivare eller potentiella leverantörer kan bedöma om rättsprinciperna för öppenhet och likabehandling åtföljs. Mediapoolen har i sitt förfrågningsunderlag angett att utvärdering av inkommande anbud ska genomföras enligt följande utvärderingskriterier:

Pris 30 %
Teknisk prestanda 30 %
Teknisk innovation 20 %
Leveranskapacitet 10 %
Leveranstid 10 %

På fråga har Mediapoolen svarat bland annat att "Stor hänsyn kommer att tas till produktens lämplighet för placering offentliga miljöer. I detta innefattas tålighet, användarvänlighet och kompatibilitet". Mediapoolen har sålunda inte i förväg uttömligt angett vilka kriterier det avser att utvärdera vad gäller teknisk prestanda. Detta bör ställas i ljuset av att produkternas specifikationer inte är angivna. Det anges inte i vilka miljöer produkterna kommer att användas i mer än de allmängripande offentliga miljöer. Det torde till exempel vara en tämligen stor skillnad mellan klassrum, auditorium och konferensrum. Även kriteriet tålighet är tämligen luddigt; det framgår inte om det avser tålighet för damm, långvarig konstant användning, stöld eller fysisk åverkan. Vad gäller kompatibilitet anges inte mot vad de efterfrågade produkterna ska vara kompatibelt mot. Detta strider

mot principen om förutsebarhet genom att en anbudsgivare inte i förväg kan bedöma hur produkterna kommer att bedömas vid utvärderingen och följaktligen inte vet vilka produkter denna ska lämna för att få största konkurrenskraft. Mediapoolen har vidare angivit att "En avvägning i aktualitet kontra pris och kvalitet kommer att göras". Förmodligen avser denna mening teknisk prestanda. Sålunda inbegriper "Teknisk prestanda" även det oklara begreppet "aktualitet", något som i sig själv gör det omöjligt för anbudsgivaren att i förväg veta hur dennes anbud kommer att utvärderas. Mediapoolen har än vidare angivit att "speciell hänsyn att tas till distributörens möjlighet att ligga i fas med den tekniska utvecklingen", samt "Med leveranskapacitet avses i vilken omfattning anbudsgivaren förmår leverera offererad produkt månadsvis". Således är kraven angående "Teknisk innovation" och "Leveranskapacitet" riktade mot leverantören snarare än upphandlingsföremålet. Utvärderingskriterierna strider sålunda mot principen om att prövning av anbud ska ske i två steg, först kvalificeringsvillkor där leverantörens lämplighet prövas och sedan ska utvärderingskriterierna kopplade till upphandlingsföremålet prövas. Det finns inga skäl att frångå grundprincipen i den här upphandlingen. Genom att framställa kvalifikationsvillkor som utvärderingsvillkor har Mediapoolen frångått principerna om likvärdig och icke-diskriminerande behandling och kan ha hindrat Preagera från att lämna anbud i fler produktgrupper jämfört om kvalifikationskraven var korrekt uppställda. Mediapoolen har således åsidosatt LOU:s regler genom att inte följa reglerna för öppenhet, likabehandling, icke-diskriminering, transparens samt förutsebarhet. Detta har inneburit att Preagera har lidit eller kan komma att lida skada. De fel som Mediapoolen har begått genom att frångå grundläggande rättsprinciper och LOU kan inte läkas genom rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

Bäckaskog

Den aktuella upphandlingen står i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet som omfattas

av 1 kap. 9 § LOU. Inte minst med hänsyn till det sammanlagda upphandlingsvärdet, 36 miljoner kr, är upphandlingen och utvärderingen ovanligt undermålig. Förfrågningsunderlaget förutsätter att anbudsgivarna ska erbjuda upp till fem produkter inom respektive produktområde. Förutsättningarna för produkturval är inte angivna i underlaget; inga kriterier anges för produkturvalet. Den enda ledningen som kan hämtas är att produkterna ska vara lämpliga för placering i offentliga miljöer. Eftersom anbudsgivarna således inte lämnat anbud på likvärdiga produkter är utvärderingskriteriet "Priser" helt utlämnat åt den upphandlande enhetens skön. Någon nollställning av offererade priser kan inte göras och därmed kan ingen objektiv betygssättning ske. Sättet för betygssättning av priskriteriet anges inte i förfrågningsunderlaget och hur Mediapoolen nått fram till de siffror som anges i utvärderingen är höljt i dunkel. Utvärderingskriteriet "Teknisk prestanda" är över huvud taget inte definierat i förfrågningsunderlaget. Eftersom kriteriet inte kan relateras till någon utgångspunkt är följaktligen varje betygssättning en fiktion och en helt godtycklig åtgärd från Mediapoolens sida. För det tredje utvärderingskriteriet "Teknisk innovation, systematisk utveckling" kan konstateras motsvarande kritik som mot kriteriet "Teknisk prestanda". Inte heller detta kriterium har någon plattform i förfrågningsunderlaget. De båda sista utvärderingskriterierna, "Leveranskapacitet" och "Leveranstid", har förklarats i förfrågningsunderlaget och har därmed en verklighetsförankring och torde i och för sig ha kunnat betygsättas och utvärderas på ett godtagbart sätt. Betygsättningssystemet är i förfrågningsunderlaget emellertid beskrivet enligt följande.

Utvärderingen är kopplad till produkten. Anbud kan lämnas på valfritt antal av i upphandlingen listade produktområden. Stor hänsyn kommer att tas till produktens lämplighet för placering offentliga miljöer. Den erbjudna produkten skall vara tillgänglig för avrop under minst första (1) året. I annat fall ersättas av likvärdig produkt i gällande prisläge. Utvärderingen kommer att göras produkt för produkt. Den anbudsgivare som på bästa sätt uppfyller ställda krav för respektive produkt kommer att erhålla betyg 5. Övriga kommer

att erhålla betyg i förhållande till detta på en skala 1-5 om en viss produkt inte kan tillhandahållas innebär det att anbudsgivaren får 0 i betyg för denna produkt.

Genom detta betygssystem blir betygen för leveranskriterierna helt avhängiga av Mediapoolens godtyckliga betygssystem av övriga kriterier för den enskilde anbudsgivaren och dessutom av motsvarande bedömning av övriga anbudsgivares anbud. Därmed uppnås inte heller beträffande dessa kriterier en rättvis utvärdering. Bäckaskog lider skada om upphandlingen slutförs i enlighet med den gjorda utvärderingen. Skadan består i den vinst som uteblir för bolaget på grund av att bolaget inte kan antas som leverantör.

Mediapoolen

Preagera

Mediapoolen har i förfrågningsunderlag angett att bolaget framförallt ger service till deltagande kommuners skolor samt även i mindre utsträckning annan kommunal verksamhet. Uppgifter som ger klar information om vilka produkter som mest frekvent kommer att efterfrågas. Därutöver kommer det alltid att finnas önskemål gällande speciella förhållanden, såsom stora aulor eller små grupprum. Marknaden för interaktiva skrivtavlor avser till nittio procent skolor och då med placering i traditionella klassrum. De produkter Preagera har valt att lämna anbud på är dessutom framtagna och utarbetade för skolbruk och i undervisningsverksamhet. De referenser som Preagera lämnat utgörs av personer som arbetar inom utbildningssektorn. Det torde inte råda något tvivel om att Preagera, som säger sig ha installerat flera hundra installationer, känner till rådande omständigheter avseende produkternas marknadsområde. Det anstår också en leverantör som inte förstår eller anser att förfrågningsunderlaget är oklart att kontakta den upphandlande enheten för ett eventuellt förtydligande. Möjligheten att ställa

frågor framgick också av förfrågningsunderlaget. Fördelen med att utforma de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav är att friheten för anbudsgivarna ökar och genom att använda tilldelningsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” blir det möjligt att ta hänsyn till aspekter såsom kvalitet och tekniska fördelar. För anbudsgivare kan detta ge incitament till att erbjuda innovativa och bättre produkter. Vid ett sådant upplägg förutsätts att de som utvärderar har sakkunskap och branschkunedom. Mediapoolens försäljare har lång erfarenhet och god branschkunskap vilket gör det möjligt att göra bedömningar, såväl tekniska som utifrån prestanda och funktionskrav. Mediapoolen har i förfrågningsunderlaget också ställt krav på anbudsgivarnas branschkunskap och erfarenhet. Preagera har i sitt anbud angett att man aktivt följer produktområdets utveckling och fortlöpande arbetar med en ”double loop learning modell för att säkerställa att feedback från såväl tillverkare som kunder utnyttjas för att utvärdera inte bara produkter, utan hela produktgruppens sammansättning och funktion”. Vid utvärderingen har Mediapoolen tolkat detta så att Preagera har god kännedom om produkternas huvudsakliga användningsområden och utifrån väletablerade kundrelationer också kunskap om vilka krav som ställs på produkterna. Vad avser utvärdering och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget att de mest fördelaktiga anbudena kommer att antas med beaktande av angivna rangordnade och viktade kriterier. Av förfrågningsunderlaget framgår även klart att prövningen av anbudena sker i tre steg; prövning av anbudsgivare, prövning av att samtliga angivna skall-krav är uppfyllda respektive värdering av anbudena utifrån angivna utvärderingskriterier. Vidare har Mediapoolen tydligt deklarerat vilka premisser som gäller vid utvärderingen och vilken betydelse de olika kriterierna tillmäts. Vad avser utvärderingskriterierna leveranskapacitet respektive leveranstid anges följande i förfrågningsunderlaget.

Med leveranskapacitet avses i vilken omfattning anbudsgivaren förmår leverera offererad produkt månadsvis. Med leveranstid avses den tid det tar från beställning till leverans.

Den tekniska utvärderingen är gjord på det volymmässigt mest frekventa produkterna. Produkter av samma märke har jämförts med varandra. För interaktiva tavlor har produkter med samma varumärke och samma storlek jämförts och för projektorer har prestandamässigt likvärdiga när det gäller kriterierna ljusstyrka och upplösning jämförts. När det gäller projektorer är dessa de kvalitetsmässigt viktigaste kriterierna.

Bäckaskog

Samtliga krav i förfrågningsunderlaget står i proportion till vad som är relevant för de varor som är föremål för kontraktet. De produkter som berörs är färdiga produkter av typen hemelektronik och inte varor som ska sättas ihop eller komponeras efter specifika behov. Branschen är extremt expansiv och utvecklingsorienterad. Förbättringar i form av prestanda och kvalitet gör det svårt, för att inte säga oklokt, att vara alltför snäv när det gäller tekniska krav. Mediapoolens målsättning är att ställa krav på varor och tjänster så att de väl överensstämmer med de behov dess kunder har. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att Mediapoolen gynnar produkter som lämpar sig för offentliga miljöer. Av förfrågningsunderlaget framgår också att Mediapoolens främsta kunder är skolor. De produkter som är aktuella i upphandlingen säljs till nästan uteslutande del till skolor för placering i klassrum. För den som är väl insatt i branschen torde det inte vara alltför komplicerat att göra ett urval av produkter som lämpar sig för offentliga miljöer, företrädesvis skolan. Det anstår också en leverantör som inte förstår eller anser att förfrågningsunderlaget är oklart att kontakta den upphandlande enheten för ett eventuellt förtydligande. Möjligheten att ställa frågor framgick av förfrågningsunderlaget. Bäckaskog har i sitt anbud angett att bolaget valt produkter som finns i Mediapoolens webbutik, vilket innebär att Bäckaskog näppeligen svävat i tvivelsmål över vilken typ av prestanda på produkterna som är mest frekventa för Mediapoolens målgrupp. Av vad Bäckaskog Media har förklarat i sitt anbud framgår vidare

att det i anbudet framgått såväl målgrupp som vilka prestanda- och funktionskrav som efterfrågats. Mediapoolen har tydligt deklarerat vilka premisser som gäller vid utvärderingen och i vilken betydelse de olika kriterierna tillmäts. Utvärderingen är gjord så att inom varje produktområde har de produkter valts som är volymmässigt mest frekventa. Vid den tekniska utvärderingen har produktens prestanda utvärderats. Då samtliga anbudsgivare, nästan uteslutande, lämnat anbud på samma produktmärke blev den delen av utvärderingen både enkel och rättvisande.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I 2 § anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Preagera och Bäckaskog har gjort gällande att upphandlingen i dess konkurrensuppsökande skede bl.a. strider mot de krav på förutsebarhet och transparens som följer av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för LOU, då Mediapoolen i förfrågningsunderlaget inte i tillräcklig omfattning beskrivit upphandlingsföremålen, d.v.s. AV-utrustningen och tekniska specifikationer av densamma. Detta har enligt Preagera och Bäckaskog i sin tur fått till följd att upphandlingen inte har kunnat utvärderas på ett ur dessa avseenden tillfredsställande sätt. Mediapoolen har å sin sida anfört att förfrågningsunderlaget, med hänsyn tagen

till upphandlingsföremålets art, uppfyller kraven på förutsebarhet och transparens, eller i vart fall inte är så bristfälligt att kraven på förutsebarhet och transparens kan anses ha trätts förnär.

Vid all offentlig upphandling gäller principen om transparens vilket innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Den upphandlande myndigheten ska lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget ger enligt förvaltningsrättens mening endast en begränsad ledning för vad Mediapoolen avsett att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen. Detta gäller särskilt utvärderingskriterierna "Teknisk prestanda" respektive "Teknisk innovation, systematisk utveckling", vilka inte mer konkret beskrivs i förfrågningsunderlaget. Otydligheterna är sådana att faktiska, däribland Bäckaskog och Preagera, och presumtiva anbudsgivare saknat tillräcklig möjlighet att på grundval av förfrågningsunderlaget avgöra vad Mediapoolen skulle tillmäta betydelse vid upphandlingen. Även med beaktande av vad Mediapoolen anfört kan dessa brister inte anses godtagbara.

Till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget har såväl Bäckaskog som Preagera lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns därför skäl att bifalla Bäckaskog och Preageras ansökningar och besluta om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU. Då bristerna i fråga är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte komma i fråga.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Knud Reinert', written in a cursive style.

Knud Reinert

