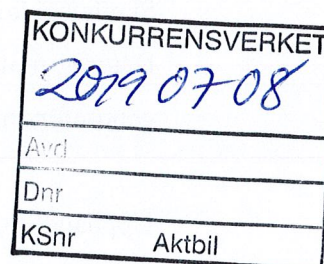




SÖKANDE

Outright Solutions AB, 556987-9298
Anbudsgatan 3
931 57 Skellefteå

Ombud: André Jonsson
Anbudsgatan 3
931 57 Skellefteå



MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) har infordrat anbud avseende Datorer, mobiler och visningsmedia (dnr UH-2018-123). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande.

Upphandlingen är indelad i fyra produktområden. Beträffande produktområde 8.4 Visningsmedia har tre anbud inkommit i upphandlingen. Ett av anbuden har inte bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Av de två anbuden som utvärderats (anbuden från Outright Solutions AB och Atea Sverige AB) har Kommunen beslutat att anta det anbud som lämnats av Atea Sverige AB.

Outright Solutions AB (Outright) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser produktområde 8.4 Visningsmedia, inte får avslutas förrän rättelse gjorts.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Outright anför bl.a. följande.

Det har uppdagats att vinnande anbudsgivare Atea Sverige AB (Atea) beträffande produkten 8.4.9 WHITEBOARD FÖR INTERAKTIV PROJEKTOR svarat med felaktig produkt i sitt anbud. Produkten uppfyller inte kravet ”Ytskikt: Vit Semimatt”. Både artikelbenämning och artikelnummer hänvisar till en annan billigare produkt med glansig glasemaljerad yta.

Detta är grund för diskvalificering av Ateas anbud då det inte uppfyller ställda krav. Liksom för de flesta produkter i alla upphandlingar finns artiklar i olika utföranden och med olika specifikationer och det är leverantörens uppgift att se till att dessa uppfyller ställda krav vid anbudslämnandet.

Kommunen har även i efterskott godtagit och tillåtit Atea att komplettera med ett förtydligande som är utöver det som är tillåtet enligt LOU. Detta strider även mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 6350-16 uttalat följande: ”En upphandlande myndighet får begära att anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Att tillåta en leverantör att byta ut produkter i anbudet efter att myndigheten funnit att de inte uppfyller kraven är en komplettering med risk för särbehandling och strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.”

Ytterligare faktorer som strider mot de grundläggande principerna avseende transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU är att Atea fått möjlighet att sekretessbelägga detaljpriser på sitt anbud utan särskild motivering eller beslutsprotokoll från ansvarig upphandlande myndighet.

Kommunen har även särbehandlat Atea avseende ytterligare produkter då de fått möjlighet att komplettera ett krav om Funktionsgaranti A 4 år på projektorer 8.4.1 – 8.4.5 trots att förlängd garanti är en tilläggstjänst som köps av tillverkaren Epson. För att garantin ska gälla hade exempelvis följande artikelnummer behövts; Epson CP04RTBSH866, Epson CP04RTBSH845, Epson CP04OSSWH752. Då Atea utlämnat dessa i sitt anbud har Kommunen även här tillåtit en anbudsgivare att komplettera eller lägga till produkter i anbudet efter att det bedömts att kraven inte uppfylls.

Detta är inte en sådan komplettering som kan ske utan risk för särbehandling och det strider mot de grundläggande principerna i LOU.

Ateas ursprungliga anbud innehöll produkter som inte var likvärdiga med dem som Kommunen efterfrågat. Anbudet uppfyllde därmed inte alla obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten. Efter att anbudstiden löpt ut efterfrågade och accepterade Kommunen ett ändrat anbud där vissa produkter bytts ut.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § då de ej diskvalificerat Ateas anbud. Detta medför att Outright har lidit och kan komma att lida skada eftersom de skulle ha antagits som leverantör om inte Kommunen hade agerat i strid mot LOU.

Kommunen anför bl.a. följande.

Kommunen har utformat kraven som ska uppfyllas för produkterna inom produktområdet Visningsmedia som avtalsvillkor, inte som skall-krav som en anbudsgivare ska visa är uppfyllda redan vid anbudslämnandet.

Kommunen har istället begärt att leverantören vid anbudslämnandet godkänner avtalsvillkoren, något som den vinnande anbudsgivaren gjort. Enligt villkoren ansvarar leverantören för att levererade modeller uppfyller kraven. Leverantören ska på begäran kunna uppvisa intyg på detta för Kommunen.

Någon otillåten komplettering har inte gjorts genom att låta Atea genom ett förtydligande bemöta ett ifrågasättande om kravet på ytbeläggning på Whiteboard för interaktiv projektor uppfyllts. Förtydligandet har skett i enlighet med 4 kap. 9 § LOU.

I upphandlingen har Kommunen efterfrågat pris på Whiteboard för interaktiv projektor med nedanstående kravspecifikation i avtalsvillkoren:

Höjd: 1100-1300mm
Bredd: 1900-2100mm
Magnetisk: Ska ingå
Ytskikt: Vit semimatt
Konstruktion: Tavlan skall vara av formstabil konstruktion. Tavlan ska sakna ram
Skrivytan skall vara skarvfri.
Garanti: Funktionsgaranti B 5år

Outright kom efter tilldelning in med en synpunkt att Atea svarat med felaktig produkt i sitt anbud och att anbudet, utifrån angivet artikelnummer, inte uppfyller kravet på ytskikt. Atea fick då möjlighet att förtydliga och svarade enligt nedanstående:

”Som vi förstått är kravet i upphandlingen att offerera en skrivtavla enligt angiven specifikation, det har vi gjort. Det finns inget krav på att ange artikelnummer och heller inget fristående krav på att exakt specifikation ska beskrivas. Ni har själva angivit en teknisk specifikation som anbudsgivarna har att följa. Atea har angivit det (grund)artikelnummer tillverkaren anger i sitt produktblad, dvs 27828AIR. Produkten kan köpas i olika utföranden, genom att välja matt, semimatt eller färgad yta. Vi har offererat det utförande ni har kravställt i upphandlingen, dvs semimatt. Vi har bekräftat på begäran av er, att tavlan är i semimatt utförande. (Vi bekräftar att skrivtavlan vi offererat har semimatt yta, helt i enlighet med kravet.)”

Två av tre anbudslämnare för produktområdet Visningsmedia har begärt sekretess på sina inpriser samt de procentuella prispåslagen. Ansvarig upphandlare tog då beslutet att enligt likabehandlingsprincipen sekretessbelägga samtliga inpriser och prispåslag för alla inkomna anbud i hela upphandlingen. Ingen formell begäran om att häva sekretessen har inkommit från anbudsgivarna, därför har frågan inte gått vidare för prövning i ansvarig nämnd i kommunen.

Atea har i enlighet med 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) begärt att Kommunen sekretessbelägger information som utgör affärshemligheter då det finns anledning att anta att Atea lider skada om

uppgifterna röjs. Skälen till sekretessbegäran beskriver Atea i detalj i en separat sekretessbilaga.

Utvärderade prissummor per produktområde är redovisade i ett utvärderingsprotokoll som alla anbudsgivare fått ta del av om de så önskat. De grundläggande principerna för transparens och likabehandling har därmed tillämpats.

Outright ifrågasatte om 4 års garantitid ingick i Ateas anbud trots att kravet var tydligt definierat i avtalsvillkoren med texten Garanti: Funktionsgaranti A 4 år. Kommunen har inte gjort någon otillåten komplettering genom att låta Atea genom ett förtydligande bemöta ett ifrågasättande om garantikravet för projektorer uppfyllts.

Kommunen anser att Ateas anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och att tilldelningen ska kvarstå. De av Outright anförda invändningarna saknar relevans och ska lämnas utan hänsyn.

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)

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. (4 kap. 9 § LOU)

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

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Outright menar i huvudsak att Ateas anbud, vinnande anbud avseende produktområde 8.4, inte uppfyller samtliga obligatoriska krav samt att Atea i strid mot 4 kap. 9 § LOU och de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU fått möjlighet att ändra sitt anbud.

Förvaltningsrätten noterar att de krav som Outright menar inte uppfylls anges i upphandlingsdokumentens bilaga Avtalsvillkor samt att det utgör ett skall-krav att godkänna krav och villkor i bilaga Avtalsvillkor (Krav 3.2 i bilaga Ska-krav). Mot bakgrund härav och med beaktande av de aktuella kravens utformning kan de enligt förvaltningsrättens mening inte ses som annat än avtalsvillkor eller genomförandevillkor/kontraktsvillkor. Sådana krav/villkor behöver inte vara uppfyllda av leverantören redan vid tidpunkten för anbudets ingivande utan det räcker att leverantören åtar sig att leverera enligt kravet/villkoret.

Atea har genom att svara Kravet uppfylls på krav 3.2 i bilaga Ska-krav åtagit sig att leverera enligt i bilaga Avtalsvillkor angivna krav och villkor. Med hänsyn till vad som anförts av Outright uppkommer dock fråga om Atea, beträffande produkterna 8.4.9 och 8.4.1 – 8.4.5, kan anses ha reserverat sig mot vad som föreskrivs för dessa produkter.

Vad som föreskrivs avseende produkt 8.4.9 återges under Kommunens anförande. Atea har beträffande produkten ifråga angett följande i sitt anbud: Lintex skrivtavla air 1990x1190 art:27828AIR. Såväl av Outrights som

Kommunens anförande samt av Lintex produktkatalog framgår att härvid avses produkten i dess grundutförande. Att produkten angetts i sitt grundutförande och bokstaven S (för semimatt) inte angetts efter artikelnumret kan enligt förvaltningsrättens mening inte ses som en reservation från vad som föreskrivits i kravet/villkoret. Det har i vart fall varit förenligt med bestämmelserna i 4 kap. 9 § LOU att begära förtydligande då det endast varit fråga om att få ett klargörande från Atea.

Beträffande 8.4.1 - 8.4.5 har, såvitt är av intresse i förevarande mål, i bilaga Avtalsvillkor föreskrivits Garanti: Funktionsgaranti A 4 år. I Ateas anbud har beträffande produkterna ifråga angetts följande:

8.4.1 Epson EB-U05 och Epson Soft Carry Case, art: V11H841040 och V12H001K70

8.4.2 Epson EB-700U och Epson ELPMB53 Wall Mount art: V11H878540 och V12H902040

8.4.3 Epson EB-696Ui art: V11H728040

8.4.4 Epson EB-990U & Deltaco ARM-500 art: V11H867040 & ARM-500

8.4.5 Epson EB-G7900U art: V11H749040

Vad som framkommit i målet visar enligt förvaltningsrättens mening inte att Atea härigenom skulle ha reserverat sig mot vad som föreskrivits avseende garanti. Att Atea efter att anbudet ingetts bekräftat att kravet uppfylls utgör därmed inte heller någon otillåten komplettering eller ändring.

Vidare menar Outright att den omständigheten att detaljpriser i Ateas anbud belagts med sekretess strider mot de gemenskapsrättsliga principerna. Kommunen har obesträtt fört fram att samtliga anbuds detaljpriser har belagts med sekretess. Förvaltningsrätten anser inte att detta i sig kan anses strida mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Det kan i sammanhanget även noteras att en myndighets beslut att inte lämna ut en allmän handling överklagas till kammarrätt.

På grund av det anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Outright medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon

bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna,
ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Magnus Bygdemark
tf. rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

