



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-04-19
Meddelad i Linköping

Mål nr
1003-18

SÖKANDE

Ricoh Sverige AB, 556228-8851
Box 1536
171 29 Solna

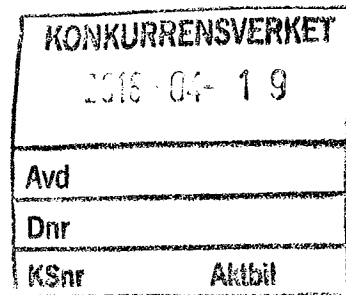
Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Kriminalvården
601 80 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 323621

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kriminalvården genomför upphandlingen *AV-produkter 2017-31418* (Upphandlingen). Upphandlingen utgör en förnyad konkurrensutsättning från Kammarkollegiets ramavtal avseende ”Digitala mötesrum” med referensnummer *96-99-2011* och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån kriteriet lägst pris. Kriminalvården har i tilldelningsbeslut den 30 januari 2018 antagit anbud lämnat av DAV Partner AB. Anbudet från Ricoh Sverige AB (Bolaget) har förkastats till följd av bristande kravuppfyllnad.

Bolaget ansöker nu om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att en ny utvärdering ska genomföras där Bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om.

Kriminalvården motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

För att ett anbud ska kunna förkastas krävs att det finns uttryckligt stöd för detta antingen i upphandlingsdokumentet eller i lagstiftning.

Av Kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet framgår att de produkter som ska prissättas i Upphandlingen och eventuella krav på respektive produkt framgår av Prisbilagan. I Prisbilagan anges följande avseende anbudsområde 3:

*”Projektor WUXGA, 1920*1200 med LCD el bättre, Bildformat 16:10, Ljusstyrka min 4200 ANSI, Brinntid lampa min 4000 tim, ljudnivå vid driftläge max 35 dBa, fjärrkontroll.*

Allt nödvändigt kablage upp till 10 meter ska ingå inkl. HDMI-kabel.”

Av Upphandlingsrapport av den 29 januari 2018 framgår att anbudet från Bolaget bedömts vara ej kvalificerat för att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och i e-mail från Kriminalvården den 30 januari 2018 anges följande som skäl till bedömningen;

”Er offererade produkt har max 29 dBa vid driftläge Eco och annars 37 dBa. Vid den lägre dBa-nivån (29 dBa) uppfylls dock inte ljusstyrkan på min 4200 ANSI.”

I Anbudsinbjudan har angetts att *”I underlaget finns ska-krav som anbudsgivaren måste uppfylla för att anbudet ska kvalificeras och utvärderas”*. De obligatoriska kraven i Upphandlingen uttrycks alltså som *”ska-krav”*. Den beskrivning av anbudsområde 3 som anges i Prisbilagan är inte tydlig med att kraven som anges är *”ska-krav”*. Oavsett detta, uppfyller Bolagets offererade produkt de *”ska-krav”* som angetts.

Som framgår av Kriminalvårdens e-mail, uppfyller Bolagets offererade projektor både kravmomentet avseende *”Ljusstyrka min 4200 ANSI”* och kravmomentet *”ljudnivå vid driftläge max 35 dBa”*. Det torde alltså inte ifrågasättas att produkten uppfyller kraven i sig. Skälet till att Bolagets anbud förkastats trots att kravmomenten uppfylls är att kravmomenten inte uppfylls samtidigt, vid samma driftläge. I Upphandlingen finns dock inget krav på att på att kravmomenten måste vara uppfyllda samtidigt. Det är vanligt att en projektor har flera olika driftlägen för att optimera användningen. Eftersom det inte anges i kravställningen att kravmomenten måste vara uppfyllda samtidigt, kan inte ett anbud som i övrigt fullt ut uppfyller kraven förkastas.

Bolagets anbud, som uppfyller samtliga krav, skulle därmed inte ha förkastats.

En jämförelse kan göras med Förvaltningsrättens i Karlstad dom i mål nr 1169-10 E. I målet uppställde upphandlande myndighet, liksom i nu aktuellt mål, krav på viss ljusstyrka och högsta tillåtna ljudvolym för efterfrågad projektor. Det var utrett att den offererade projektorn i det vinnande anbudet, liksom Bolagets projektor i nu aktuellt mål, uppfyllde båda kraven, dock inte i samma driftläge. Förvaltningsrätten fann att den upphandlande myndigheten gjort rätt som antagit anbudet, trots att kraven inte var uppfyllda i samma driftläge. Den enda skillnaden mellan situationerna är att i det ovan nämnda målet blev produkten i det vinnande anbudet ifrågasatt av en sökande och i detta fall är Bolaget sökande. Även om sökanden generellt sett har bevisbördan för att myndigheten har brutit mot LOU, ska situationerna inte bedömas olika beroende på vem som är sökande.

Det finns flera exempel på att upphandlande myndigheter uttrycker vilket driftläge kraven avses. Det vanliga, och mest naturliga, är att beställare efterfrågar projektorer med olika krav för olika driftlägen. Det är därför en naturlig utgångspunkt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att uppfatta kraven som krav som projektorn ska kunna uppfylla, men inte nödvändigtvis i samma driftläge.

Om kravet ska anses ha den innebörd som Kriminalvården nu gör gällande (att kravmomenten måste vara uppfyllda samtidigt) har detta i vart fall varit otydligt för Bolaget som är en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Detta hade enkelt kunnat uttryckas i kravställningen genom att Kriminalvården förklarat att kravmomenten ska vara uppfyllda samtidigt eller vid samma driftläge. Underlåtelsen att ange att kraven ska vara uppfyllda i samma driftläge innebär att kravställningen brister i transparens. Om kravets innebörd – med den tolkning Kriminalvården nu gör gällande – hade

varit tydlig, skulle Bolaget ha offererat en annan projektor som uppfyllt kravmomenten vid samma driftläge.

Bolaget har genom Kriminalvårdens agerande lidit eller riskerat att lida skada eftersom Bolaget skulle ha tilldelats kontraktet om inte anbudet felaktigt förkastats. I vart fall har otydligheten i kravställningen inneburit skada för Bolaget eftersom Bolaget hade upprättat ett anbud med ett annat innehåll, och då haft möjlighet att vinna Upphandlingen, om kravställningen hade varit tillräckligt tydlig.

Kriminalvården

I Upphandlingsdokumentet punkt 2.1 *Produkter och produktkrav* anges att krav för respektive produkt framgår av prisbilagan där även anbudsgivaren ska prissätta respektive produkt. I prisbilagan avropsområde 3 framgår kraven för aktuell produkt:

*”Projektor WUXGA, 1920*1200 med LCD el bättre, Bildformat 16:10,
Ljusstyrka min 4200 ANSI, Brinntid lampa min 4000 tim, ljudnivå vid
driftläge max 35 dBa, fjärrkontroll
Allt nödvändigt kablage upp till 10 meter ska ingå inkl. HDMI-kabel.”*

Av kraven framgår således att Kriminalvården ställt krav på att aktuell projektor bland annat ska ha en ljusstyrka om minst 4200 ANSI och ljudnivå vid driftläge på max 35 dBa. Anbudsgivaren ska i prisbilagan, utöver pris för den offererade produkten, även ange vilken produkt som de offererar och information om den offererade produkten. Detta för att Kriminalvården ska kunna kontrollera om offererad produkt uppfyller ställda krav.

Kriminalvården bestrider att Bolagets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Kriminalvården uppfattar att det i målet är ostridigt att Bolagets

offererade produkt har en ljudnivå på 37 dBa i normalläge och på 29 dBa i driftläge Eco. Bolagets offererade produkt uppfyller således inte kravet på ljudnivå i normalläge. Vidare uppfattar Kriminalvården det som ostridigt att Bolagets offererade produkt i driftläge Eco inte uppfyller kravet på ljusstyrka om minst 4200 ANSI. Därmed uppfyller projektorn i normalläge visserligen kravet avseende ljusstyrka men inte kravet på högsta tillåtna ljudvolym. I driftläge Eco uppfylls å andra sidan kravet att inte överstiga en viss volym, men inte kravet på minsta ljusstyrka. Projektorn kan de facto bara användas i ett driftläge åt gången. Oavsett vilket driftläge, normal eller Eco, som den av Bolaget offererade projektorn används i så uppfyller produkten inte samtliga krav.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet inte ska beaktas vid utvärdering. Om den upphandlande myndigheten antar ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav medför det att likabehandlingsprincipen träds förnär. Bolagets anbud har därmed rätteligen förkastats.

Gällande den förvaltningsrättsdom från 2010 som Bolaget hänvisar till så avser det en helt annan situation än den nu aktuella varför några slutsatser av domen inte kan dras. I förvaltningsrättsmålet framgick av de handlingar som kommunen erhållit i anbudet att samtliga krav var uppfyllda. Det var endast andra leverantörer som invände att de lämnade uppgifterna var felaktiga. Domstolen prövade i förvaltningsrättsmålet kommunens utredningsskyldighet.

En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare måste förstå att de ställda kraven på produkten ska kunna uppfyllas vid användning. En ändamålstolkning av kravet kan inte heller få något annat resultat än att avsikten är att samtliga krav måste kunna uppfyllas samtidigt vid användning. För Kriminalvården finns det ingen fördel i att produkten uppfyller vissa

krav i ett visst driftläge, medan andra krav endast mötes i ett annat driftläge. Det väsentliga för Kriminalvården är att samtliga krav tillgodoses och uppfylls vid användning av produkten, eftersom man bland annat måste kunna se bilden tydligt genom att projektorn har en hög bildkvalitet (ljusstyrka) samtidigt som projektorn inte har en för hög ljudnivå. I aktuell Upphandling har det inte ställts krav på att projektorn ska ha flera olika driftlägen. För Kriminalvården är det väsentliga att samtliga ställda krav uppfylls när projektorn används.

Att kraven varit tillräckligt tydliga och att samtliga krav ska uppfyllas samtidigt i ett och samma driftläge vid användning av produkten styrks av att övriga anbudslämnare och så även Bolaget för övriga offererade positioner uppfattat kraven enligt den tolkning som Kriminalvården gör gällande. Upphandlingsdokumentet har därmed varit tillräckligt tydligt och transparent.

Sammanfattningsvis uppfyller Bolagets anbud inte ställda obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet och har därför rätteligen förkastats. Vidare har tilldelning skett till den anbudsgivare som uppfyllde samtliga obligatoriska krav och som hade anbudet med lägst pris. Upphandlingen ska därför varken rättas eller göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt punkterna 1 och 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller den tidigare – numera upphävda – ÄLOU (2007:1091) för sådan upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017. Den ursprungliga ramavtalsupphandlingen som det i målet aktuella avropet har skett ifrån upphandlades i enlighet med ÄLOU vilket medför att även den förnyade konkurrensutsättningen regleras enligt denna lag.

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 (1 kap. 9 § ÄLOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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. 6 § ÄLOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har i första hand riktat invändningar mot att Bolaget inte har bedömts uppfylla kraven i upphandlingen och i andra hand invänt mot att kraven i upphandlingen inte har varit tydliga.

När en anbudsgivare har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12). Förvaltningsrätten prövar därför först om utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot kraven på öppenhet och transparens.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bland annat att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumentet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-27/15).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att de krav för aktuell produkt som ställs upp i upphandlingsdokumentets Prisbilaga avropsområde 3 genom hänvisningen i 2.1 Produkter och produktkrav utgör obligatoriska krav för produkten.

Av upphandlingsdokumentets Prisbilaga avropsområde 3 framgår följande:

*”Projektor WUXGA, 1920*1200 med LCD el bättre, Bildformat 16:10, Ljusstyrka min 4200 ANSI, Brinntid lampa min 4000 tim, ljudnivå vid driftläge max 35 dBa, fjärrkontroll
Allt nödvändigt kablage upp till 10 meter ska ingå inkl. HDMI-kabel.”*

Förvaltningsrätten anser att syftet med att ställa krav på en viss prestanda måste vara att denna prestanda i sin helhet ska uppfyllas i något driftläge, om annat inte anges. Förvaltningsrätten anser, med särskilt beaktande av att förfrågningsunderlaget inte ställer krav på olika driftlägen för produkten, att det genom utformningen av kravet följer logiskt att kraven ska uppfyllas samtidigt vid användning och att detta är något som en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare har kunnat förstå och räkna med. Förvaltningsrätten bedömer därför att det av upphandlingsdokumentet på ett klart och tydligt sätt framgår att kravet på högsta tillåtna ljudvolym och minsta tillåtna ljusstyrka ska uppfyllas samtidigt vid något driftläge. Det som Bolaget har anfört i denna del innebär således inte att upphandlingsdokumentet strider mot principen om transparens.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om Kriminalvården har haft fog för att förkasta Bolagets anbud med hänvisning till bristande uppfyllelse av det obligatoriska kravet i fråga.

De obligatoriska krav som ställs för upphandlingen ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten konstaterar att det mellan parterna i målet är otvistigt att den av Bolaget offererade projektorn i normalläge visserligen uppfyller kravet avseende ljusstyrka men inte kravet på högsta tillåtna ljudvolym och att den i driftläge Eco uppfyller kravet att inte överstiga en viss ljudvolym men då inte kravet på minsta ljusstyrka.

Förvaltningsrätten har bedömt att det av upphandlingsdokumentet på ett klart och tydligt sätt framgår att kravet på högsta tillåtna ljudvolym och minsta tillåtna ljusstyrka ska uppfyllas samtidigt vid något driftläge. Eftersom Bolagets offererade produkt inte uppfyller de uppställda kraven vid ett och samma driftläge har Kriminalvården haft rätt att förkasta Bolagets anbud till följd av bristande kravuppfyllelse.

Sammanfattningsvis föreligger inte skäl för ingripande enligt ÄLOU på de av Bolaget anförda grunderna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Kristina André Lilja
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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-postadress, 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 rättens 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 rättens 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.