

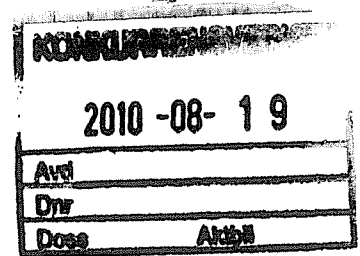


KLAGANDE

Atea Sverige AB, 556448-0282

Ombud:

Advokaten Carl Norén
Eversheds Södermark Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm



MOTPART

Verket för högskoleservice
Box 24070
104 50 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 maj 2010 i mål nr 26539-10,
se bilaga

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
– LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.


Atea Sverige AB yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen VHS 8-0064-44151 ska göras om.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Kammarrätten har i dom denna dag i mål nr 3810-10 fastställt förvaltningsrättens beslut att den aktuella upphandlingen VHS 8-0064-44151 ska göras om (Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 maj 2010 i mål nr 26613-10).

Atea Sverige AB:s yrkande om att upphandlingen ska göras om får därmed anses ha förfallit. Kammarrätten avskriver därför målet från vidare handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).


Lilian Wiklund
lagman
ordförande


Eva Hammar
kammarrättsråd


Eva-Lotta Hedin
kammarrättsråd
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26539-10
Enhet 13

SÖKANDE

Atea Sverige AB, 556448-0282

Ombud: Advokat Catharina Baerselman och Jur.kand. Carl Norén
A1 Advokater KB
Riddargatan 13 A
114 51 Stockholm

MOTPART

Verket för högskoleservice
Box 24070
104 50 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Verket för Högskoleservice (VHS) yrkande om avvisning.

Förvaltningsrätten avslår Atea Sverige AB:s (Atea) ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 23999

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

VHS har genomfört en öppen upphandling avseende ramavtal för audio-, foto- och visuella produkter (AV-produkter), videokonferensutrustning samt kringliggande tjänster, på uppdrag av Statlig inköpssamordning för statliga myndigheter och verk och vissa ytterligare organisationer, projektnummer VHS 8-0064-44151. Av tilldelningsbeslut avsända den 15 mars 2010 framgår att VHS har beslutat att anta anbud från andra anbudsgivare än Atea.

I tilldelningsbeslut den 4 november 2009 beslutade VHS att anta bl.a. Ateas anbud. VHS har därefter i ett nytt tilldelningsbeslut den 13 november 2009 rättat det tidigare tilldelningsbeslutet och inte utvärderat Ateas anbud med hänvisning till att anbudet inte hade uppfyllt skall-kraven avseende typprodukt 4.1.12, "Mikrofon". Efter VHS tilldelningsbeslut ansökte Atea och ett flertal andra leverantörer om överprövning. Den 12 mars 2010 avslog Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 17293-10 Ateas ansökan eftersom Atea inte ansågs uppfylla uppställda skall-krav.

Förvaltningsrätten har den 25 mars 2010 i mål nr 26446-10, 26479-10, 26537-10 och 26613-10 beslutat interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN, GRUNDER M.M.

Atea ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Vid den ursprungliga prövningen av Ateas anbud skulle Ateas anbud ha varit rankat på fjärde plats och Atea därmed blivit utsett till en av de tio leverantörerna. Detta framgår av "Utvärderings-PM" till det ursprungliga tilldelningsbeslutet. I upphandlingen inkom sammanlagt

18 anbud. I tilldelningsbeslutet den 15 mars 2010 bedömde VHS att Atea inte uppfyllde samtliga skall-krav och att endast sex av anbuden kunde antas. Eftersom inget av de sex anbuden uppfyllde skall-kraven borde även dessa anbud ha förkastats. Om så hade skett och det således inte funnits några giltiga anbud hade upphandlingen fått göras om. Atea hade då haft möjlighet att lämna ett nytt anbud och vinna upphandlingen. Ateas anbud uppfyller i och för sig samtliga krav och VHS förkastande av anbudet har därför varit felaktigt. Atea har därför lidit eller kan komma att lida skada. Om VHS anses ha gjort en korrekt bedömning angående att Ateas anbud inte uppfyller samtliga skall-krav ska upphandlingen göras om.

Res judicata

Samtliga beslut i en upphandling kan bli föremål för överprövning. En leverantör som anser att han har lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot LOU har rätt att ansöka om överprövning och få sin ansökan prövad. VHS tilldelningsbeslut den 15 mars 2010 är det tredje beslutet i upphandlingen. Eftersom VHS har antagit anbud som inte uppfyller skall-kraven och förkastat Ateas anbud har Atea lidit skada eller kunnat komma att lida skada. Atea har därför rätt att få sin sak prövad. Atea har inte begärt överprövning av samma tilldelningsbeslut tidigare. Det aktuella tilldelningsbeslutet är ett beslut i ett senare led än det som förvaltningsrätten tidigare prövat. Sedan Ateas första ansökan om överprövning har flera domar meddelats rörande samma upphandling som sammantaget visar att anbudsgivarna har behandlats olika vid VHS granskning av uppfyllandet av skall-kraven. Därutöver har VHS uttalat sig i målen på ett sådant sätt att det är tydligt att VHS föreslagit att anbud skulle antas trots att de inte uppfyllt skall-kraven. Det är därför fråga om prövning av en annan sak och det föreligger inte hinder för prövning av Ateas talan på grund av res judicata.

Skada

Förvaltningsrätten prövade inte i mål nr 17293-10 rörande överprövning av tilldelningsbeslutet den 13 november 2009 de invändningar som Atea hade anfört om att de sex antagna leverantörerna inte hade uppfyllt skall-kraven. Förvaltningsrätten prövade inte invändningarna med hänvisningen till att Atea inte hade uppfyllt skall-kraven och därmed inte kunde anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada genom antagandet av andra anbudsgivares anbud. Förvaltningsrättens slutsats att skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU inte var uppfyllt eftersom Ateas anbud skulle ha förkastats är felaktig. En anbudsgivare som själv inte har uppfyllt skall-kraven riskerar att lida skada när de anbud som antagits inte uppfyller samtliga skall-krav. Detta framgår av RÅ 2009 ref. 69 där Regeringsrätten gjorde samma bedömning som kammarrätten som ansåg att skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU var uppfyllt trots att den sökande själv inte uppfyllt skall-kraven. I rättsfallet ifrågasatte den upphandlande myndigheten sökandens rätt att föra talan mot upphandlingen med hänvisning till att om det vinnande anbudet inte skulle anses ha uppfyllt skall-kraven skulle inte heller sökandens anbud göra det. Inget av anbuderna skulle således ha uppfyllt samtliga skall-krav. Kammarrätten fann att den upphandlande myndigheten hade antagit ett anbud som inte uppfyllde samtliga skall-krav och att sökanden därmed i vart fall riskerat att lida skada. Detta således oavsett om sökandens anbud uppfyllde kraven eller inte. Sökandens talan kunde därför prövas och Regeringsrätten gjorde samma bedömning i den delen. I dom från Länsrätten i Dalarnas län den 14 augusti 2008 i mål nr 915-08 gjorde länsrätten bedömningen att samtliga anbud i den aktuella upphandlingen hade brutit i uppfyllandet av kraven. I och med att ett anbud som inte uppfyllde kraven ändå hade antagits i tilldelningsbeslutet ansåg länsrätten att skaderekvisitet för sökande anbudsgivare var uppfyllt. Detta trots att sökandens anbud alltså i och för sig inte heller ansågs uppfylla samtliga krav. Mot denna bakgrund är det uppenbart att Atea har talerätt i målet.

Antagna anbud har inte uppfyllt skall-kraven

Inget av de antagna anbuden uppfyller samtliga skall-krav vilket strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Den upphandlande myndigheten får inte efterge eller bortse från uppställda skall-krav i förfrågningsunderlaget.

Typprodukt 4.1.4, "HD-inspelare"

Enligt skall-kravet för typprodukten 4.1.4 ska HD-inspelaren vara utrustad med anslutningar "HDMI 1.3, komponent, full scart". En komponentsignal är en videosignal. Loudnbright Systemintegration AB (Loudnbright) har i sitt anbud offererat produkten Dilog DT-655HD DyR som saknar anslutning till komponentsignal och skall-kravet är därmed inte uppfyllt. Det framgår av produktspecifikationen att produkten i sig endast har anslutning till HDMI och TV-Scart. Det är inte möjligt att uppfylla skall-kravet genom användande av en adapter. Förvaltningsrätten i Stockholm har i avgörandena i målen nr 17277-10 och 17348-10 uttalat att det inte av förfrågningsunderlaget kunde utläsas att användandet av en fristående teknisk lösning i form av adapter var tillräckligt för att skall-kravet skulle anses uppfyllt även om en adapter skulle medföra att den tekniska funktionen blev likvärdig. Uttalandet har bäring även på det nu aktuella skall-kravet avseende anslutning till komponentsignal. Loudnbright har inte ens i sitt anbud offererat någon adapter avseende anslutning till komponentsignal för typprodukten 4.1.4. Loudnbright har uttryckligen angett i anbudet för t.ex. "4.1.5, TV-apparat minst 42" LCD eller LED" och "4.1.7, Data- och videoprojektor" om adapter följer med. Om adapter följt med till typprodukten 4.1.4 hade detta således uttryckligen angetts i anbudet. Eftersom det inte har skett är det därmed tydligt att Loudnbright inte offererat någon adapter för produkten.

I förvaltningsrättens mål nr 17293-10 invände VHS att Loudnbright hade uppfyllt kravet på anslutning till komponentsignal. VHS åberopade ett e-postmeddelande från Loudnbright den 20 november 2009 i vilket angavs att kravet uppfylldes genom en Scart-komponentomvandlare som medföljer samtliga produkter som levereras till Loudnbright. E-postmeddelandet ger i sig inte stöd för att en adapter offererats. Oavsett skickades e-postmeddelandet efter det att tilldelningsbeslut fattats och kan därför inte beaktas. Det är uppenbart att Loudnbrights offererade produkt Dilog DT 655HD DVR inte har uppfyllt minimikraven för HD-inspelare enligt förfrågningsunderlaget. Loudnbrights anbud uppfyller därmed inte samtliga skall-krav och VHS har därför varit skyldigt att förkasta anbudet.

Typprodukt 4.1.6, "TV-apparat minst 55" LCD eller LED"

Enligt skall-kravet för typprodukten 4.1.6 ska TV-apparaten kunna anslutas till video genom "S-Video" (Separate-Video). S-video är en analog videosignal som skickar videosignalen som två separata signaler; luminans (den svartvita delen eller ljusstyrkan) och krominans (färgmättnaden eller färgstyrkan). Genom att ljusstyrka och färgstyrka skickas som separata signaler blir bildkvaliteten för S-video bättre än för en vanlig analog videosignal. Förhållandet kan jämföras med förhållandet mellan en vanlig DVD och HD-DVD (High Definition DVD) för digitala videosignaler. De antagna anbudsgivarna AB Bäckaskog Media (Bäckaskog), AV Syd AB (AV Syd), STV Svenska Tele & Video Konsult AB (STV), Solutors AB (Solutors) och Informationsteknik Scandinavia AB (Informationsteknik) har offererat produkten Samsung LE55B655. Produkten är inte utrustad med någon anslutning till S-Video. AV Syd, Solutors och Informationsteknik har inte ens offererat någon adapter för anslutning till TV-apparaten. Deras offererade produkter kan därför inte ens anslutas till en S-videokabel och uppfyller redan på den grunden inte skall-kravet. Bäckaskog och Informationsteknik har i och för sig offererat en adapter. Den offererade produkten kan dock inte ens med adapter ta emot S-video och den stöder

inte S-videosignal. Detta framgår dels av att det inte finns någon uppgift om att TV-apparaten stöder S-video i produktbeskrivningen, dels av ett e-postmeddelande från Örjan Werner och Staffan Prestjan på Samsung Electronics Nordic AB (Samsung). Det torde vara ostridigt att TV-apparaten från Samsung som offererats i anbuden i sig inte kan ta emot S-videosignal. TV-apparaten är alltså inte användbar för anslutning till S-video och anbuden har därmed inte uppfyllt kravet "anslutning S-video" även om adapter hade ingått i anbudet. VHS borde därför ha förkastat de anbud som offererade den aktuella TV-apparaten.

VHS bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. VHS bestrider Ateas samtliga yrkanden och yrkar i första hand att förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten avslår överprövningen och fattar beslut om att upphandlingen får avslutas i enlighet med tilldelningsbeslutet fattat den 15 mars 2010. Atea har i sin begäran inte anført några nya sakomständigheter jämfört med tidigare mål. Res judicata föreligger eftersom sakfrågan redan är avdömd. Atea antogs inte som leverantör i tilldelningsbeslutet den 24 november 2009 eftersom Atea inte ansågs uppfylla samtliga skall-krav. I tilldelningsbeslutet den 15 mars 2010 ansågs Atea fortfarande inte uppfylla skall-kraven. Det som Atea vill överpröva i detta mål är därför inget som kan härröras till det nya tilldelningsbeslutet. Ateas tidigare ansökan om överprövning grundade sig på att Atea ansåg att ett antal leverantörer inte uppfyllde ställda skall-krav. Atea anförde en rad omständigheter och grunder för sin ansökan som förvaltningsrätten sedan avskog. Även i Ateas ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet den 15 mars 2010 har Atea anført att ett antal leverantörer inte uppfyller samtliga skall-krav och återoppar samma omständigheter och grunder som i den tidigare överprövningen. Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska överklaga till kammarrätten. Således kan den aktuella överprövningen till förvaltningsrätten ses som ett sätt för Atea att försöka kringgå den normala ordningen

att överklaga en dom som gått den sökande emot till kammarrätten. Om förvaltningsrätten ändå tar upp målet till prövning har Atea varken lidit eller kunnat komma att lida skada. Förvaltningsrätten har konstaterat att den mikrofon Atea offererat inte uppfyllde de uppställda skall-kraven. Oavsett vad Atea anför om de övriga anbudsgivarnas anbud uppfyller Ateas anbud inte skall-kraven. Eftersom VHS rätteligen har förkastat Ateas anbud kan bolaget inte anses ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada genom antagandet av andra anbudsgivares anbud. Atea har med hänvisning till RÅ 2009 ref. 69 antytt att skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU skulle vara uppfyllt. Tolkningen är helt felaktig eftersom helt andra rättsfrågor var föremål för Regeringsrättens avgörande i det målet. Ateas hänvisning till kammarrättens resonemang kring skada i det fallet gällde helt andra omständigheter. Det är i den aktuella överprövningen ostridigt att Atea inte har uppfyllt de uppställda skall-kraven. Det finns därför ingen risk för att Atea varken har lidit eller kunnat komma att lida skada. Det saknas således grund för ingripande enligt LOU.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlaget punkt 1.12, "Prövning och utvärdering av anbud", anges följande. I förfrågningsunderlaget finns ett antal krav formulerade. De krav som är uttryckta genom att ordet "skall" används är s.k. skall-krav. Skall-krav är ovillkorliga krav som måste uppfyllas för att anbudet ska prövas och utvärderas. För det fall ett skall-krav inte är besvarat kommer anbudet att förkastas. Ett otydligt besvarat skall-krav kan endast förtydligas i de fall det är möjligt i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Det är därför viktigt att anbudsgivaren besvarar ställda frågor och krav i enlighet med vad som efterfrågas. Om anbudsgivaren finner att en fråga eller ett krav är otydligt, uppmanas anbudsgivaren att snarast ställa en fråga om kravet. I anslutning till ett skall-krav finns angivet hur kravet bevisas. Bevis presenteras på det

sätt och vid den tidpunkt som anges i anslutning till kravet. Om inget annat anges bifogas beviset till anbudet i samband med inlämnandet.

Under punkt 1.12.1, "Prövning av anbud", anges att en förutsättning för att anbudsgivarens anbud ska kunna utvärderas är att samtliga skall-krav är uppfyllda.

Under avsnitt 4, "Typprodukter", anges bl.a. följande. Beskrivningar på produkterna i denna punkt utgör minimikrav på de typprodukter som ska redovisas i anbudsgivarens anbud. Dessa är till för denna ramavtalsupphandlings prisutvärdering. Kraven på produkter som avropas på avtalet fastställs vid varje avropstillfälle.

Under punkt 4.1.4, "HD-inspelare" anges bl.a. minimikraven

- Anslutningar: HDMI 1.3, komponent, full scart

Under punkt 4.1.6, "TV-apparat minst 55" LCD eller LED" anges bl.a. minimikraven

- Anslutningar; Video: S-Video

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § LOU får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen i en framställning till allmän förvaltningsdomstol.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Res judicata

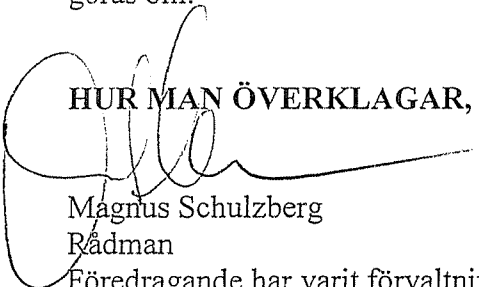
Ett nytt tilldelningsbeslut som fattats med anledning av att en upphandling rättats på så sätt som domstol föreskrivit innebär att ett nytt förfarande inleds. En ny ansökan om överprövning kan således ges in. Atea har nu begärt överprövning av ett annat tilldelningsbeslut än det som tidigare prövats av förvaltningsrätten. Eftersom samtliga beslut i en upphandling kan bli föremål för överprövning finns därför inget hinder att ta upp Ateas ansökan om överprövning. VHS yrkande om avvisning på grund av res judicata ska därför avslås.

Skada

Förvaltningsrätten fann i mål nr 17293-10 att den mikrofon Atea hade offererat inte uppfyllde de uppställda skall-kraven. Skäl till annan bedömning i nu aktuellt mål saknas. Atea kan därmed inte anses ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av det aktuella tilldelningsbeslutet. Vid sådana förhållanden saknas skäl att pröva det som Atea anför avseende andra anbudsgivares anbud. Bolagets ansökan om överprövning ska alltså avslås.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag också avgjort mål nr 26446-10, 26479-10, 26537-10, och 26613-10 avseende samma upphandling. I sistnämnda mål har rätten förordnat att upphandlingen ska göras om.

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


Magnus Schulzberg
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elisabeth Gartmo.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.