



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Miriam Gewarges

DOM
2013-08-27
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM mål nr
1504-13
Enhetschef 2

SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren, jur.kand. Viveka Heimer och jur.kand.
Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Borås Stad
501 80 Borås

Ombud: Stadsjuristen Lars-Olof Danielsson
Borås Stad
501 80 Borås

2. Phoniro Systems AB, 556636-2538
Rörkullsvägen 4
302 41 Halmstad

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tunstall AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 107259

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

BAKGRUND

Borås Stad (kommunen) genomför en upphandling avseende nyckelfria låssystem. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Efter att ha utvärderat två anbud meddelade kommunen i tilldelningsbeslut den 19 mars 2013 att Phoniro Systems AB (Phoniro) skulle antas som leverantör.

YRKANDEN

Tunstall AB (Tunstall) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Phoniros anbud förkastas.

Kommunen bestrider bifall till Tunstalls yrkande.

Phoniro bestrider bifall till Tunstalls yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Tunstall

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot den grundläggande EU-rättsliga principen om likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Tunstall har till följd härav lidit, eller riskerar i vart fall att lida, skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Punkten 1 under Allmänna krav, Bilaga 1 Kravspecifikation, innebär att anbudsgivare vid besvarandet av om man uppfyller kraven i kravspecifikationen har att utgå från den kapacitet och förmåga som denne besitter vid anbudslämnandet. Vidare ställs i punkten 2 krav på att det nyckelfria låset ska kunna hanteras med en s.k. smartphone med operativsystemet Google Android 2.3 och/eller högre versioner. Vad avser detta krav har Phoniro till sitt anbud fogat systemdokumentation för det av bolaget erbjudna låssystemet Pho-

niro Care. Av Phoniros systemdokumentation följer att den mobilapplikation som måste installeras i mobiltelefonen för att man med hjälp av denna ska kunna kommunicera med systemet Phoniro Care är utvecklad i Java och att endast mobiltelefoner som är godkända för Phoniro Systems mobilapplikation kan användas. Eftersom Phoniros mobilapplikation är utvecklad i Java kan Phoniro omöjliggen uppfylla skall-kravet att det nyckelfria låssystemet ska kunna hanteras via en mobiltelefon med operativsystemet Google Android 2.3 eller högre versioner. Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte får efterge eller bortse från skallkrav som har uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller alla skallkrav ska således rätteligen förkastas. Med beaktande av det faktum att information som påvisar att Phoniro inte uppfyller aktuellt skallkrav har bifogats Phoniros anbud har kommunen, genom att utvärdera Phoniros anbud, handlat i strid med den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling och 1 kap. 9 § LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 6 december 2012 i mål nr 4064-10). Det måste i vart fall stå klart att kommunen under förevarande överprövningsprocess har gjorts uppmärksam på bristerna. Det förhållandet att Phoniro inom ramen för ett annat kontrakt enligt tredjehandsuppgift har förmått hantera operativsystemet Google Android avseende någon dellevarans kan inte ha någon betydelse för vad bolaget har valt att erbjuda i den nu aktuella upphandlingen. Det finns således skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse på så sätt att kommunen får avsluta upphandlingen först sedan ny utvärdering har skett, varvid ska beaktas att Phoniro inte uppfyller det aktuella skallkravet.

– Tunstall åberopar bl.a. en kompatibilitetsbedömning utfärdad den 25 april 2013.

Kommunen

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att svaren ska utgå från vad leverantörens system klarar när anbudstiden pågår. Med detta menas att

leverantörens system senast anbudsdagen den 11 februari 2013 ska klara kommunens krav. Det stämmer att kommunen ställer krav på att det nyckelfria låset ska kunna hanteras via en smartphone med operativsystemet Google Android 2.3 och/eller högre versioner. Phoniro har i sitt anbud angett att det uppfyller samtliga skall-krav. Vid den intervju kommunen hade med Phoniro visade företaget hur det nyckelfria låset kunde hanteras med operativsystemet Google Android lägst version 2.3, dvs. i enlighet med det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget. Phoniro har endast hänvisat till sin systemdokumentation vad gäller kraven avseende administrationsprogrammet. Det finns varken utifrån de i anbudet lämnade svaren eller den vid intervjun företagna demonstrationen av systemet skäl att ifrågasätta uppgifterna från Phoniro. Kontrollen är därmed tillräcklig. För det fall detta inte anses tillräckligt har kommunen på nytt kontaktat referenspersonen, Bollnäs kommun, som på direkt fråga har svarat att dess nyckelfria lås i de flesta av dess telefoner hanteras med operativsystemet Google Android version 2.3.7 eller högre samt att den använder Phoniros Android App och att det fungerar utmärkt i telefonerna. Enligt vad kommunen har fått erfara utvecklas Androidapplikationer i Java, vilket stämmer överens med svaret från Bollnäs kommun. Med stöd av de angivna svaren vid anbudsinlämningen, den företagna intervjun med Phoniro och den ytterligare kontrollen med referenspersonen är kraven uppfyllda. Någon skyldighet för kommunen att förkasta Phoniros anbud föreligger därmed inte.

Phoniro

Phoniro har i anbudet bekräftat att det uppfyller kravet avseende Google Android 2.3 samt vid anbudspresentationen för kommunen den 7 mars 2013 förevisat systemet för mobilapplikationen med Google Android 2.3. Vidare har Phoniro angett Bollnäs kommun som referens i anbudet. Bollnäs kommun har sedan augusti 2012 använt Phoniros mobilapplikation med Google Android, vilket har bekräftats i e-postmeddelande den 28 juni 2013. Därutöver har ett flertal andra kommuner, bl.a. Enköpings kommun,

Sundsvalls kommun och Falu kommun, under hösten 2012 infört Phoniros mobilapplikation med Google Android 2.3 och/eller högre versioner. Av anbudet framgår att Phoniro inte har hänvisat till Bilaga 8, Systemdokumentation, för att beskriva dess mobilapplikation med Google Android 2.3. Hänvisningen dit avser endast administrationsprogram enligt fliken L2 Teknik i kravspecifikationen. Systemdokumentationen har därför ingen betydelse för dess mobilapplikation med Google Android 2.3. Att Phoniro inte uttryckligen nämner Google Android 2.3 i Systemdokumentation är inte ett bevis för att det inte har stöd för mobilapplikationen, eftersom Phoniro har svarat ja på den direkta frågan och den uppgivna referensen sedan en längre tid har använt dess mobilapplikation med Google Android 2.3. Phoniro ställer sig frågande till Tunstalls ansökan om överprövning, eftersom Tunstall känner till att Phoniro har den aktuella applikationen i drift hos flera kommuner. Phoniro och Tunstall har dessutom fört en dialog angående integration mellan respektive bolags system samt har gemensamma kunder. Phoniro har sammanfattningsvis uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda krav och avgett sitt anbud i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande föreligger därmed inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. 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 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.

Av praxis framgår att i mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref 69).

Utredningen

I punkten 1, Anbud, Allmänna krav, Kravspecifikation, Bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, anges att svaren på anbudet ska utgå från vad leverantörens system klarar då anbudstiden pågår, inte utifrån framtida planer på nya versioner. Vidare anges i punkten 2, Mobiltelefon, i samma handling att det nyckelfria låset ska kunna hanteras via en smartphone med operativsystemet Google Android 2.3 och/eller högre versioner.

I punkten 11, Administrationsprogram, Teknikkrav, Kravspecifikation, Bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, anges att leverantören ska tillhandahålla information om vilken hårdvara och mjukvara samt bandbredd som krävs vid lokal drift. I punkten 12, Administrationsprogram, i samma handling anges att leverantören ska tillhandahålla information om vilken hårdvara och mjukvara samt bandbredd som krävs vid extern drift.

Som svar på de ovannämnda punkterna 11 och 12 har Phoniro i sitt anbud hänvisat till bilaga 8, Phoniro Care Systemdokumentation.

Under rubriken 3.1.1 Systemkrav i Phoniro Care – systemdokumentation för externt bruk, ver 1.4, bilaga 8 till Phoniros anbud, anges följande. För

att säkerställa god funktionalitet ska endast mobiltelefoner som är godkända för Phoniro Systems mobilapplikation användas. Phoniro Systems har en ständigt uppdaterad lista med godkända mobiltelefoner.

Applikationen är utvecklad i Java och följande systemkrav gäller.

Java minimum specification:

- Minimum 240x320 pixels screen
- MIDP 2.0
- CDLC 1.1
- JSR-82
- Possibility to install a JAR-file of at least 1 MB
- Max Heap size \geq 2 MB

Konsulten Artur Oblinski, Svep Design Center AB, har i kompatibilitetsbedömning den 25 april 2013 uppgett bl.a. följande. Av Phoniros anbud följer att applikationen är riktad mot en telefonanpassad och nerskalad variant av Oracles Java plattform, J2ME. Denna skiljer sig betydligt från Android-plattformen. J2ME-appar utnyttjar programmeringsgränssnitt som inte medföljer Android, t.ex. MIDP, CDLC och JSR-82. Det sagda innebär att J2ME-appar utnyttjar funktioner som inte finns i Android. J2ME-appar kompileras dessutom inte till samma sorts maskinkod som Android-appar och kan därför inte exekveras på en Android-plattform. J2ME kan således inte tolka det språk som Android förstår och använder sig av och vice versa. Det är därför uteslutet att en applikation som ska uppfylla det aktuella kravet kan köras på en telefon med operativsystemet Google Android. Phoniro har därför inte offererat ett nyckelfritt lås som kan hanteras via en smartphone med operativsystemet Google Android version 2.3 eller högre.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den

upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU.

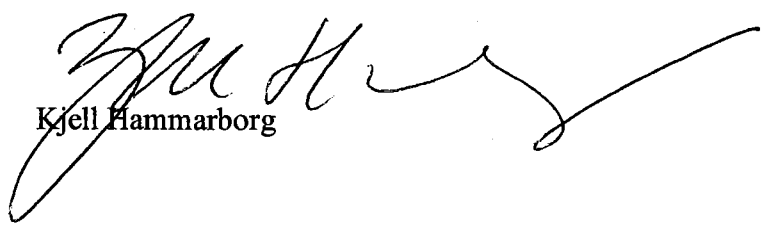
Tunstall gör gällande att det nyckelfria lås som Phoniro har offererat inte kan hanteras via en smartphone med operativsystemet Google Android 2.3 och/eller högre versioner. Enligt Tunstall har Phoniro därmed inte uppfyllt ett av de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, varför dess anbud inte borde ha kvalificerat sig till utvärderingen. Phoniro har emellertid i sitt anbud bekräftat att det uppfyller nu aktuellt skall-krav samt vid en presentation av detsamma för kommunen demonstrerat systemet för mobilapplikationen med Google Android 2.3.

Varken i LOU, dess förarbeten eller rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i mål nr 1472--1474-11, Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 juli 2011 i mål nr 6417--6422-10). I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten dock inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Förvaltningsrätten kan mot bakgrund av det anförda inte finna att kommunen i detta hänseende har brutit mot några regler i LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det Tunstall har anfört och åberopat inte visar att kommunen, genom att ta upp Phoniros anbud till

utvärdering, har agerat i strid med bestämmelserna i LOU. Tunstalls ansökan ska därför avslås.

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


Kjell Hammarborg

