

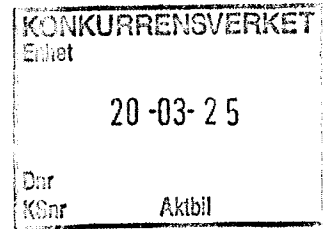


**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2020-03-19
Meddelad i Jönköping

Sida 1 (5)
Mål nr 3783-19



KLAGANDE

Supplies Team Sweden AB, 556037-4364

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och jur.kand. Max Thimmig
Stavenow Advokatbyrå AB

MOTPART

Karlskrona kommun

Ombud: Mikael Augustsson

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö's dom den 27 november 2019 i mål
nr 3096-19, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att
upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 258617

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarratten@jonkopings.dom.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Supplies Team Sweden AB (nedan Supplies Team) yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta om rättelse på så sätt att AV Syd AB:s anbud förkastas och att bolaget tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkar Supplies Team att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖR

Supplies Team

En anbudsgivare ska bifoga en bilaga med pris och produktspecifikationer till sitt anbud i upphandlingen. Under punkt 9 i bilagan anges att anbudsgivare ska erbjuda aktiva (plural) högtalare för mindre kontor minst 2 x 25 watt. AV Syd har erbjudit en lösning som består av enbart en aktiv högtalare. Det strider därför mot likabehandlingsprincipen att anta det bolagets anbud. En normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare kan inte uppfatta kravet som något annat än att det är två aktiva högtalare som efterfrågas.

För det fall kammarrätten inte bifaller förstahandsyrkandet, ska upphandlingen göras om eftersom det aktuella kravet då får anses otydligt utformat. Detta har även förvaltningsrätten bedömt. Det faktum att vissa anbudsgivare felaktigt har uppfattat att det enbart är en aktiv högtalare som efterfrågas, när det i själva verket är två, visar detta tydligt. Aktiva och passiva högtalare är två olika produkter och marknaden gör skillnad på aktiva och passiva högtalare. En produkt med en aktiv och en passiv högtalare är en produkt som innehåller två högtalare, en aktiv och en passiv. Ingen aktör på marknaden definierar aktiva högtalare som en aktiv och en

passiv. Detta styrks genom utdrag från olika hemsidor. Att aktuellt krav är otydligt märks också genom att kommunen i det aktuella kravet efterfrågar ”aktiva högtalare minst 2 x 25 watt” och i ett annat krav efterfrågar ”aktiv högtalare 2 x 30 watt”. Upphandlingsdokumenten är således utformade i strid med öppenhetsprincipen.

Bolaget hade kunnat lämna ett lägre anbud än AV Syd om kravet hade varit tydligt utformat. Dessutom hade bolaget kunnat lägga upp hela sitt anbud annorlunda om det hade varit klart att det var en passiv och en aktiv högtalare som efterfrågades. Kommunen har inte insyn i de mängdrabatter och andra affärsmässiga omständigheter och överväganden som påverkar priserna totalt sett inom ramen för en större affär. Att ändra en produkt i ett stort avtal, kan innebära att man får rabatter också på andra varor. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

Kommunen

Marknaden i Sverige benämner produkter med en aktiv och en passiv högtalare för ”aktiva högtalare”, vilket även Supplies Team gör på sin hemsida. Detta visas även genom utdrag från olika hemsidor. De exempel Supplies Team har bifogat kommer från tyska hemsidor. Eftersom en stor del av marknaden beskriver en aktiv och en passiv högtalare som aktiva högtalare, är det främmande att göra en avvikande tolkning. Av de tre lämnade anbuden, har två rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkat kravet på samma sätt och Supplies Team har tolkat kravet på ett avvikande sätt. Upphandlingsdokumenten är därmed inte otydliga och någon brist vad gäller transparens finns inte.

Det föreligger en stor prisskillnad mellan det vinnande anbudet och Supplies Teams anbud. Supplies Team hade inte kunnat lämna lägst anbud även om upphandlingsdokumenten hade varit utformade på annat sätt.

Vidare anför Supplies Team att bolaget hade använt sig av en annan prissättningsstrategi om kravet på aktiva högtalare varit utformat på annat sätt och att detta skulle ha sänkt totalpriset på bolagets anbud med närmare 13 procent. Det är en stor prisförändring med tanke på att den enligt bolaget otydliga kravställda produkten stod för drygt 8 procent av anbudets totalpris. Supplies Team har inte visat att bolaget har lidit skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt upphandlingsdokumentet ska en anbudsgivare till sitt anbud bifoga en bilaga med pris och produktspecifikationer. Under punkt 9 i bilagan anges att anbudsgivare ska erbjuda *aktiva högtalare för mindre kontor minst 2 x 25 watt*. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att detta inte kan uppfattas som annat än ett obligatoriskt krav.

Supplies Team gör i första hand gällande att kravet innebär att det är två aktiva högtalare som ska erbjudas och i andra hand att kravet är otydligt utformat. Kommunen gör gällande att kravet är tydligt och att det med ”aktiva högtalare” kan avses en aktiv och en passiv högtalare. Eftersom förvaltningsrätten har prövat om kravet är tillräckligt tydligt, föreligger det inte hinder för kammarrätten att ta ställning till detta.

Det aktuella kravet är utformat på så sätt att det för mindre kontor är ”aktiva högtalare” som ska erbjudas. Rent språkligt tyder utformningen av kravet på att det är två aktiva högtalare som ska erbjudas. Vidare kan det konstateras att kommunen i punkten 10 i aktuell bilaga har angett att det för klassrum/konferensrum ska erbjudas ”aktiv högtalare”, dvs. kommunen har använt ordet ”aktiv” i såväl singular- som pluralform i upphandlingsdokumentet. Med hänsyn till vad kommunen har anfört och åberopat i form av utdrag från olika hemsidor, bör dock en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare också kunna uppfatta kravet som att det är tillräckligt med en aktiv och en passiv högtalare för att


uppfylla aktuellt krav. Mot denna bakgrund instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att det i målet aktuella obligatoriska kravet är otydligt utformat. Upphandlingsdokumenten brister därmed i transparens och kommunen har därigenom agerat i strid med LOU.


Bristen i upphandlingsdokumenten är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet. Såvitt gäller skadebedömningen kan man därför inte upprätthålla ett alltför högt ställt beviskrav (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2015 i mål nr 2542-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 30 juni 2017 i mål nr 3644-16).


Utifrån vad Supplies Team har anfört, framstår det som sannolikt att bolaget hade kunnat utforma sitt anbud i sin helhet på ett annorlunda sätt och därigenom kunna erbjuda ett lägre pris om det aktuella kravet hade varit tillräckligt tydligt. Detta har medfört att Supplies Team har lidit eller kan komma att lida skada. Vad kommunen har anfört medför ingen annan bedömning.

Sammantaget anser kammarrätten att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen. Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Monica Dahlbom
kammarrättspresident
ordförande


Anders Davidson
kammarrättsråd


Eric Wahlberg
tf. kammarrättsassessor
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ

DOM
2019-11-27
Meddelad i Växjö

Mål nr
3096-19

SÖKANDE

Supplies Team Sverige AB, 556037-4364

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och biträdande jurist Max Thimmig
Stavenow & Partners Advokatbyrå AB

MOTPART

Karlskrona kommun

Ombud: Mikael Augustsson

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Karlskrona kommun (kommunen) genomför en upphandling av audio- och video-produkter. Upphandlingen utgör en förnyad konkurrensutsättning på Kammarkollegiets ramavtal *AV och videokonferens – hårdvara, programvara och tjänster* (Dnr. 23.3-7192-16). Av tilldelningsbeslutet framgår att AV Syd AB (AV Syd), som hade det lägsta totala priset, tilldelas kontrakt.

YRKANDEN

Supplies Team Sverige AB (Supplies Team) ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar Supplies Team att förvaltningsrätten beslutar om rättelse av upphandlingen på så sätt att AV Syds anbud förkastas och deras anbud tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan bör avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Supplies Team

Av likabehandlingsprincipen följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. I upphandlingsdokumenten har uppställts som krav att anbudsgivare ska erbjuda två olika produkter för konferenskommunikation. För mindre kontor ska aktiva högtalare (plural) erbjudas och för klassrum eller konferensrum en aktiv högtalare. AV Syd har bara erbjudit en aktiv högtalare för mindre kontor och uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet i produktkravspecifikationen. AV Syds anbud bör förkastas. Supplies Teams anbud hade det näst lägsta anbudspriset och uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Supplies Team har lidit skada på grund av kommunens beslut.

Kommunen

I bilagan *Pris och produktkravspecifikation* har angetts detaljerade obligatoriska krav i separata flikar för vissa positioner. Några sådana detaljerade krav har dock inte angetts för den position som bl.a. avser högtalarna. En funktionell tolkning av kravet är att anbudsgivaren ska offerera ett högtalarpar som bildar en aktiv högtalarkonfiguration. Det är på så vis fullt tillräckligt att den ena högtalaren är aktiv och sammankopplad med den andra. Varken Supplies Team eller någon annan anbudsgivare har ställt någon fråga om detta under upphandlingsförfarandet. AV Syd uppfyller samtliga ställda krav och Supplies Team kan inte anses lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Parterna har redovisat olika uppfattningar rörande tolkningen av produktkategori 9 i bilagan *Pris och produktkravsspecifikation*, som är benämnd *Aktiva högtalare för mindre kontor minst 2x25 watt*. Supplies Team har gjort gällande att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav, i detta fall att erbjuda två aktiva högtalare för det angivna ändamålet. Kommunen har dels anfört att det inte finns några detaljerade ska-krav för den produktkategori som är i fråga, dels att en funktionell tolkning av kravet är att det räcker med att de erbjudna högtalarna bildar en aktiv högtalarkonfiguration. Fråga uppkommer därmed om det krav som är tvistigt i målet är att betrakta som ett obligatoriskt krav.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 37 bl.a. uttalat att förfrågningsunderlaget utgör en central del av förfarandet i en upphandling. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrens- uppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

I upphandlingsdokumentet (avsnitt 3.15) anges att leverantören i bilagan *Pris och produktkravsspecifikation* ska ange nettopris samt efterfrågade enhetliga rabattsatser för respektive efterfrågat produktområde. Av bilagan följer att leverantören ska bifoga den, ifylld, tillsammans med anbudet samt att inga andra prislistor kommer att anbudsutvärderas. Det framgår vidare att anbudet kommer att diskvalificeras om leverantören inte kan offerera samtliga efterfrågade produkter och tjänster. Enligt förvaltningsrättens mening måste bilagan anses utgöra en central del av den ifrågavarande upphandlingen. Alla de krav som anges i bilagan, inklusive det som är tvistigt i målet, får därför anses utgöra obligatoriska krav.

Vad gäller det aktuella kravets utformning kan det framhållas att principen om öppenhet eller transparens bl.a. innebär att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumenten 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 dessa och tolka dem på samma sätt (se EU-domstolens avgörande C-27/15 Pizzo, punkt 36 och 51).

Kravet i produktkategori 9 i bilagan *Pris och produktkravsspecifikation* är uttryckligen formulerat på så vis att det för mindre kontor är två aktiva högtalare á minst 25 watt som efterfrågas. Enligt förvaltningsrättens mening kan en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare emellertid också uppfatta kravet på det sätt kommunen har angett, det vill säga att det är tillräckligt med en aktiv högtalarkonfiguration i form av en aktiv och en passiv högtalare. För denna uppfattning talar bl.a. att både AV Syd och den anbudsgivare som kom på tredje plats i upphandlingen har erbjudit den produktlösning som Supplies Team anser inte uppfyller det uppställda kravet.

Förvaltningsrätten anser således att det obligatoriska kravet är otydligt utformat. Upphandlingsdokumentet brister därmed i öppenhet varför det finns grund för ingripande med stöd av LOU. Supplies Team har emellertid inte gjort gällande att det funnits några brister i det konkurrensuppsökande skedet och förvaltningsrätten är därför, av processuella skäl, förhindrad att på den här grunden besluta att upphandlingen ska göras om. Det skulle därtill vara oförenligt med likabehandlings- och öppenhetsprinciperna att ge det aktuella kravet en viss bestämd innebörd och ett anbud kan därför inte heller uteslutas om det uppfyller en av flera möjliga tolkningar av kravet (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 juni 2019 i mål nr 705-19). Mot den här bakgrunden finner förvaltningsrätten att det Supplies Team har anfört inte visar att AV Syd inte uppfyller det obligatoriska kravet. Skäl för att besluta att AV Syds anbud ska förkastas finns därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Per Hansson
rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien David Hedendahl



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.