



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-10-24
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
9268-12 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Loudnbright systemintegration AB, 556408-9497
Brodalsvägen 7, hus z
433 38 Partille

MOTPART

Stadsdelsnämnden Lundby
Box 22006
400 72 Göteborg

Ombud: Stadsjurist Ela Skorupska

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012-10-24	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 170090

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 2
9268-12 E

BAKGRUND

Stadsdelsförvaltningen Lundby (Staden) har genom annonsering bjudit in leverantörer att lämna anbud i en förnyad konkurrensutsättning avseende bland annat interaktiva skrivtavlor och projektorer. Enligt Stadens tilldelningsbeslut den 13 juli 2012 har ITM Meeting Solutions AB (ITM) vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Loudnbright systemintegration AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärdering enligt upphandlingens förfråganingsunderlag skett och i andra hand att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget har tilldelats tredje plats i utvärderingen vilken består av dels en utvärdering av pris och dels en utvärdering av bör-krav med poäng. Bolaget har med stor marginal det billigaste anbudet men lägre poäng på bör-krav jämfört med ITM. Utvärderingen av börkravet är dels felaktigt alternativt diskriminerande och strider mot lagens krav på likabehandling. Upphandlingen i sin helhet är diskriminerande då den är starkt riktad dels mot specifikt fabrikat samt enskild leverantör av detta fabrikat.

Ett av upphandlingens bör-krav, att "*kunna skapa interaktiva lektionsövningar i mjukvaran med rättningsfunktion*", kan ge tre poäng. Bolaget svarade att för att skapa en interaktiv lektion med rättstavning krävs ett så kallat responssystem, det vill säga en enhet där elever svarar på frågorna som skapats i mjukvaran. Bolaget förklarade att ett responssystem inte ingår vid leverans även om det finns stöd för detta. Bolaget menade därför att kravet är framåtsyftande vilket innebär att kravet ska gå att uppfylla i framtiden men inte vid leverans. Staden skickade därefter ut en kompletterande fråga

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 3
9268-12 E

till samtliga leverantörer där Staden ville få bekräftat om offererat system uppfyllde kraven för att skapa interaktivt material med rättningsfunktion och om eventuella responssystem krävs för att uppfylla en sådan funktion, så ska det ingå. Svaret från samtliga leverantörer var att responssystemet inte ingick i offererat system. Bolaget svarade att utifrån de nu angivna förutsättningarna finns det inte stöd för att skapa interaktiva lektioner med rättningsfunktion. Övriga leverantörer har svarat att de ändå uppfyller kravet på olika sätt. Bolaget motsätter sig att övriga leverantörer klarar att uppfylla bör-kravet på det sätt som upphandlingen avser och enligt det sätt man kan tolka innehållet i förfrågan. Det fabrikat som avses har stöd för interaktiva lektioner med rättningsfunktion vilket emellertid kräver ett responssystem för att fungera. Utan responssystem skapas frågor som inte kan besvaras och rättas. För att funktionen ska fungera måste ett responssystem läggas till vilket ingen av leverantörerna har inkluderat i offererat system. Leverantörerna har angett olika svar på hur man tänkt uppfylla bör-kravet samt ifrågasatt att det ställts krav på ett responssystem. ITM anser sig uppfylla bör-kravet eftersom det går att skapa interaktiva lektionsövningar med rättningsfunktion, att elever kan dra och släppa objekt in i rätt eller fel ruta (som läraren har fördefinierat som rätt eller fel) och därmed få omedelbar respons om det är rätt eller fel. Bolaget anser att det som beskrivs i svaret inte är någon rättningsfunktion. Att fördefiniera rätt- och fel-rutor där en elev drar ett objekt till rutan är något som i princip alla mjukvaror kan utföra, även Bolaget med den mjukvara som levereras, men har inget med vad Staden efterfrågar att göra. Att ITM hänvisar till att det i programvaran finns ett stöd tyder på att ITM insett att man inte kan uppfylla bör-kravet vid leverans. Bolaget anser att ITM inte uppfyller bör-kravet.

Den förfrågan som skickades ut som en förnyad konkurrensutsättning strider mot bestämmelserna om likabehandling eftersom samtliga skall- och bör-krav är skrivna för Smartboard. Det kan ses som en slump om det inte

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
9268-12 E

visat sig att kravspecifikationen som skickats ut med upphandlingen är författad av Jörgen Isaksson, försäljningschef på Netsmart. Det innebär att funktionskraven inte har skrivits av Staden utan av distributören av Smartboard. Det är uppenbart att kraven är skrivna för att passa en viss produkt och att Staden initialt skrivit kraven för att passa vissa leverantörer. Bolaget ifrågasätter transparensen i upphandlingen. Sammanfattningsvis kan sägas att utvärderingen av beskrivet bör-krav inte är transparent. ITM och övriga leverantörer har besvarat frågan om de uppfyller bör-kravet med att de inte gör det alls eller hänvisat till att kraven inte fanns med i upphandlingen och därmed inte kan krävas. De har emellertid fått full poäng förutom Bolaget.

Staden bestrider Bolagets begäran om överprövning och yrkar att ansökan ska avslås. Staden anför i huvudsak följande. Utvärderingen av bör-kravet avseende mjukvaran har inte genomförts på ett diskriminerande sätt och den strider inte mot likabehandlingsprincipen. Staden bestrider att upphandlingen i sin helhet har varit diskriminerande. Eftersom Bolaget har svarat Nej på det i målet aktuella bör-kravet har Bolaget inte heller erhållit något poäng i denna del. Värderingen har skett på ett korrekt sätt och upphandlingen ska därför inte göras om eller rättas.

Staden avbröt en tidigare annonserad förnyad konkurrensutsättning avseende interaktiva skrivtavlor och projektorer med anledning av att den stred mot reglerna i LOU och mot de gemenskapsrättsliga principerna. I samband med detta kontaktades Staden per e-post av Netsmart AB (Företaget) vilka är distributörer av produkter för utbildning, möten och presentationer. Företaget har inte lämnat anbud i den tidigare annonserade förnyad konkurrensutsättning och inte heller i den för målet aktuella konkurrensutsättningen. Företaget har ett flertal märken och produkter däribland interaktiva skrivtavlor av märket Smart Boards. Företaget informerade Staden att man upprättat ett exempel på utvärderingsmodell och viktning av interaktiva

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 5
9268-12 E

skrivtavlor. Utvärderingsmodellen innehöll beskrivning av produkter, olika prestanda samt både skall- och bör-krav. Staden fann att utvärderingsmodellen var behjälplig i att beskriva de funktioner och prestanda som efter-söktes på ett tydligt vis och möjliggjorde en utvärdering som kunde ske på ett transparent och likvärdigt sätt. Den bifogade utvärderingsmodellen användes som grund då man gjorde en ny utvärderingsmodell anpassad efter Stadens behov. Företagets bifogade modell och den utvärderingsmodell Staden använt sig av vid aktuell upphandling skiljer sig åt på flera punkter. Utvärderingskriterierna – bör-krav (pris, utbildning och installation, hårdvara och mjukvara) viktas inte på samma sätt som i Företagets modell. Utvärderingskriterier har tagits bort och lagts till, poängfördelning samt poängmängd har förändrats för att passa behoven. Staden har ansträngt sig för att göra upphandlingen så transparent och icke-diskriminerande som möjligt.

Fem leverantörer lämnade anbud i en förnyad konkurrensutsättning varav Bolaget var en av dessa. Samtliga leverantörer uppfyllde alla skall-krav. Fyra leverantörer svarade Ja på samtliga bör-krav förutom Bolaget som lämnade följande svar. *"Ja/Nej beroende på tolkning se anbudsdokument"* Följande svar anges i Bolagets anbudsdokument. *"För att skapa interaktiva övningar med rättningsfunktion krävs integrering med responssystem Clicker. Detta omfattas inte av förfrågan. Vi kan därför vid leverans inte skapa en interaktiv lektion med rättningsfunktion. Vi kan dock vid senare tillfälle komplettera med Clicker, vilket Starboard har stöd för, se utklipp. Med detta integrerat kan vi skapa frågor och svar i Starboard, och aktivera responssystemet inifrån Starboard. Observera att detta gäller även Smartboards programvara som uppenbarligen varit mall för dessa börkrav. Utan komplettering av hårdvara, i deras fall Smart Response fungerar ingen rättningsfunktion. Man kan skriva frågor och svar. Men rättningsfunktion fungerar inte utan ett implementerat responssystem. Vi ser därför att såtillvida ingen leverantör levererar med responssystem som*

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 6
9268-12 E

inte är efterfrågat, så uppfyller varken vi eller leverantör av Smartboard detta krav. Om kravet är framåtriktat i det fall man kompletterar med responssystem, så har vi dock stöd för detta."

Staden bad samtliga leverantörer om ett förtydligande i om de uppfyller bör-kravet eller inte. Frågan om förtydligande löd enligt följande. "Hej! Tack för Era offerter. Vi sitter och går igenom dessa nu och skulle vilja ha ett förtydligande från Er angående ett av våra utvärderingskriterier. Det gäller utvärderingskriteriet: "Kunna skapa interaktiva lektionsövningar i mjukvaran med rättningsfunktion". Vi menar att för att svara JA på detta kriterium skall Ni kunna erbjuda oss detta vid leveransdatum och att förutsättningarna som krävs (ex. responssystem) skall ingå i offererat pris. Vilka av Er uppfyller då kriteriet?"

Samtliga leverantörer, bortsett från Bolaget, svarade Ja på frågan om bör-kravet erhålls vid leveransdatum efter det att Staden beitt om ett förtydligande. Det är inte angivet i förfrågningsunderlaget att rättningsfunktionen i bör-kravet måste vara avancerat och förutsätter ett responssystem. Bolaget var den enda leverantören som tolkade bör-kravet att vara något annat och innehålla något annat än vad som efterfrågades. Det går inte att utläsa i Bolagets svar att deras produkt har en rättningsfunktion, om än en rudimentär sådan. Staden har inte kunnat tolka Bolagets svar på något annat sätt än ett Nej. Bolaget erhöll därför rätteligen noll poäng.

Den aktuella konkurrensutsättningen är inte riktad till ett visst märke och är inte diskriminerande vare sig i sin helhet eller avseende det aktuella bör-kravet. Utvärderingen av bör-kravet har inte skett på felaktigt vis. Staden har försökt att göra sitt yttersta för att möjliggöra en enkel, transparent, likvärdig, proportionerlig samt icke-diskriminerande och jämförelse mellan olika tekniska produkter av olika märken. Bolaget som anser sig ha lidit skada på grund av diskriminering uppfyllde samtliga skall-krav. Av allt att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 7
9268-12 E

döma, enligt ansökan om överprövning, även samtliga bör-krav. Bolaget svarade emellertid nekande på ett av bör-kraven och fick därmed noll poäng i denna del. Om Bolaget svarat Ja, vilket de tydligen kunnat göra, hade Bolaget vunnit upphandlingen.

En upphandlande myndighet måste kunna utgå från att leverantören känner sin egen produkt bäst och själv sätter sig in i de skall- och bör-krav som ställs och att vid tveksambeter ställa frågor för att kunna lämna ett så bra anbud som möjligt. I det här fallet har Bolaget inte gjort det. Staden är av uppfattningen att det inte bör föranleda att upphandlingen ska göras om eller rättas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas (6 kap. 4 § första stycket LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 8
9268-12 E

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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Av Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande (RÅ 2002 ref 50) framgår att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om den upphandling som genomförts av Staden, på de grunder som Bolaget gör gällande, strider mot någon bestämmelse eller grundläggande princip för upphandling och om detta i sådana fall har medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Bolaget gör gällande att utvärderingen av bör-kravet är dels felaktigt alternativt diskriminerande och strider mot lagens krav på likabehandling. Bolaget menar vidare att upphandlingen i sin helhet är diskriminerande då den är starkt riktad dels mot specifikt fabrikat samt enskild leverantör av detta fabrikat.

Förvaltningsrätten gör inledningsvis bedömningen att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att Staden riktat sin förfrågan mot ett specifikt fabrikat eller mot en enskild leverantör av ett sådant fabrikat. Det är därför inte visat att Staden diskriminerat eller behandlat leverantörer på ett icke

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 9
9268-12 E

likvärdigt sätt och genom det brutit mot bestämmelserna i LOU av denna anledning.

Staden har i förfrågningsunderlaget angett, såvitt nu är i fråga, att leverantörens produkt ska kunna skapa interaktiva lektionsövningar i mjukvaran med rättningsfunktion. I förtydligandet har Staden angett att detta ska kunna erbjudas vid leveransdatum och att förutsättningarna som krävs, t.ex. responssystem, ska ingå i offererat pris. Staden anser att det i förfrågningsunderlaget inte framkommer att rättningsfunktionen måste vara avancerad och förutsätta ett responssystem.

Såvitt framgår finns det olika tekniska lösningar för att kunna uppfylla Stadens aktuella krav på interaktiva lektionsövningar i mjukvaran med rättningsfunktion. Av de svar Bolaget åberopat synes framgå att flera andra anbudsgivare ansett sig kunna uppfylla nämnda krav. Så har också Staden tolkat avgivna anbud. Bolaget har inte påstått att man kan uppfylla nämnda krav utan förbehåll. Stadens utvärdering av anbuden kan därför inte anses stå strid med bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund finns därmed inte heller. Bolagets ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1B LOU)



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien
Camilla Kristiansson de Groot.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

- den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU