



SÖKANDE

NSC Nordic Service Collaboration Sweden AB, 556706-3002
Katrinerovägen 2 A
417 49 Göteborg

MOTPART

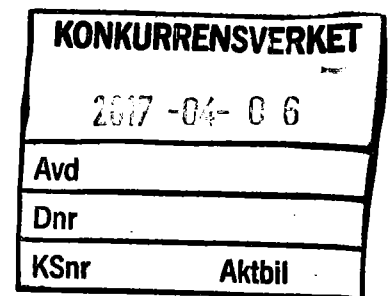
Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND

Landstinget Västernorrland (landstinget) genomför upphandlingen Bagageröntgen (dnr 16LS10251). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande och tilldelningsgrund är lägst pris. Under anbudstiden kom tre anbud in. I ett tilldelningsbeslut den 3 februari 2017 beslutades att anta anbud från NSC Nordic Service Collaboration Sweden AB (NSC) då det anbudet befunnits vara det med lägst pris. Den 17 februari 2017 meddelade landstinget emellertid att tilldelningsbeslutet dras tillbaka på grund av brister i utvärderingsfasen. Härefter, den 20 februari 2017, fattades ett nytt tilldelningsbeslut vari beslutades att anta anbud från Sensec Aktiebolag (Sensec). I utvärderingsprotokollet anges att anbuden från NSC och från en tredje anbudsgivare uteslutits med motiveringen att de anbuden inte uppfyller krav 6.3.1.2.

YRKANDEN M.M.

NSC begär överprövning, yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av de inkomna anbuden ska göras där krav 6.3.1.2 inte beaktas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. NSC anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Upphandlingen innehåller krav 6.3.1.2 som ej har markerats med den symbol som samtliga övriga krav har och som enligt förfrågningsunderlaget ska uttydas ”Texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas”. Landstinget hävdar i samband med det senaste tilldelningsbeslutet att kravet ändå ska uppfyllas. Detta strider mot den grundläggande principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU då det inte gått att förutse att detta krav ska ingå i utvärderingen av anbud. NSC har därigenom lidit skada genom att inkomma med anbud som inte kunnat uppfylla landstingets krav.

Krav 6.3.1.2 är skrivet på ett sätt som inte är förenligt med hur prestanda för röntgenmaskiner anges utan förefaller vara en sammanblandning av två olika krav. Det går därför inte att avgöra vilken egenskap eller prestanda

som landstinget avser. För bagageröntgen i säkerhetskontroll finns i huvudsak två prestanda som är av intresse och där standardiserade testobjekt, framtagna för att kunna utvärdera utrustning oavsett fabrikat, används. Dessa är *Steel penetration* som mäts i millimeter och utvärderas med en trappformad stålkloss (steel wedge) under vilken en blyremsa är placerad. När man på svenska säger genomlysningförmåga så är det penetration man avser. Prestanda för steel penetration anges vanligtvis av tillverkare i spannet 32 mm upp till 41 mm. Den andra är *Wire resolution* som mäts i AWG och anger hur tunna koppartrådar som kan detekteras i röntgenbilden. Prestanda för Wire resolution anges vanligtvis av tillverkare i spannet 38 AWG upp till 41 AWG. Krav 6.3.1.2 lyder ”Urustningens genomlysningförmåga ska som minst uppfylla (steel wedge) standard AWG 40 mm (0.08 mm) . typical 41 mm (0.07 mm)”. Med tanke på hur kravet är utformat så är det en tydlig sammanblandning av dessa två prestanda och måtenheter då AWG inte har något att göra med genomlysningförmågan. Kravet strider därför mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU då det inte går att avgöra vilken egenskap eller prestanda som landstinget avser.

Efter klagomål från leverantör har landstinget förkastat både NSC:s anbud och det tredje anbudet med hänvisning till att krav 6.3.1.2 ska tolkas att avse *Wire resolution*. Detta strider mot proportionalitetsprincipen då ett krav ska vara knutet till upphandlingsföremålet och vara ändamålsenligt. Praxis är att prestandakrav ska grunda sig på en vedertagen standard inom branschen eller ett relevant behov. Den standard som finns på området ingår i Transportstyrelsens författning TSFS 2016:1. Det är praxis att hänvisa till denna standard. Standarden anger ett avsevärt lägre krav på prestandan *Wire resolution* jämfört med landstingets krav. Det exakta kravet enligt Transportstyrelsens författning är sekretessbelagt, dock överträffar samtliga anbuds utrustning i upphandlingen detta krav. Krav 6.3.1.2 kan därför inte hävdas vara ställt enligt någon vedertagen standard. Inte heller kan krav 6.3.1.2 sägas vara baserat på ett relevant behov i en säkerhetskontroll då en undersök-

ning av de 13 mest frekvent förekommande fabrikaten på världsmarknaden visar att endast två fabriker har en modell vardera vars prestanda uppfyller landstingets tolkning av kravet. Det ena representeras av Sensec och får anses ha en dominerande ställning på såväl den svenska marknaden som på världsmarknaden. Det andra fabriken saknar representation i Skandinavien. Skillnaden mellan den ”bästa” och den ”sämsta” offererade utrustningen är vidare 41 AWG respektive 38 AWG, i praktiken innebär det en förmåga att detektera en koppartråd med diametern 0,071 mm respektive 0,101 mm, alltså en skillnad på 0,03 mm. En sådan skillnad kan svårigen urskiljas av det mänskliga ögat i en röntgenbild. Sammantaget strider landstingets avsikt med krav 6.3.1.2 mot proportionalitetsprincipen då det utgör en betydande inskränkning för marknadens leverantörer att kunna delta i upphandlingen.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Landstinget vidgår att punkten 6.3.1.2 Krav i kravspecifikationen inte är märkt med den symbol som anger ”...krav som måste uppfyllas”. Detta är ett misstag från landstingets sida. NSC har ändå påstått att man uppfyller kravet då man genom att svara ”Ja” intygat att man uppfyller samtliga dokumentdelar benämnda som krav. NSC har därmed intygat att man uppfyller kravet under punkten 6.3.1.2 trots att man faktiskt inte gör det, vilket är ostridigt.

Landstinget vidgår även att en sammanblandning av två olika fysikaliska mätvärden har skett i punkten 6.3.1.2 på så sätt att även mätvärdet ”steel wedge” omnämns i en parentes. Emellertid borde det för en insatt anbudsgivare ha framgått att en sammanblandning skett och att det landstinget tog sikte på enbart var AWG eftersom det enda mätvärde som anges i kravet är det som är relevant för just AWG. Om man ändå var i tvivelsmål borde man ha kontaktat landstinget. I målet är ostridigt att NSC inte uppfyller kravet på 41 AWG.

Angående vad NSC anfört om att ett krav på 41 AWG är oproportionerligt eftersom det sträcker sig längre än Transportstyrelsens krav avseende bagageröntgen på flygplatser påpekas att det är den upphandlande myndigheten som äger rätt att bestämma den prestanda man anser sig behöva i sin verksamhet. Jämförelsen med flygindustrin haltar betänkligt eftersom den miljön inte kan jämföras med den som råder inom rättspsykiatrivården där koncentrationen av potentiella hot är långt mer omfattande. Att skillnaden mellan de offererade utrustningarna är små i faktiska måttal är irrelevant i sammanhanget. Vad som ska beaktas är de faktiska ökade möjligheterna för landstingets rättspsykiatriska klinik att nu och i framtiden avvärja allvarliga hot mot verksamheten. Sammanfattningsvis har NSC:s anbud rätteligen förastats.

NSC har härefter anfört bl.a. följande. Då krav 6.3.1.2 inte märkts med symbolen som anger att det är ett krav som måste uppfyllas har NSC tolkat detta som ett bör-krav vilket inte är ovanligt i en kravspecifikation. NSC:s intygande avser därmed de krav som märkts med den avsedda symbolen. Hade det klart framgått att det var ett ska-krav hade NSC haft möjligheten att anmärka på kravet alternativt inte lämna anbud. Noteras bör att den tredje anbudslämnaren inte heller uppfyller krav 6.3.1.2 vilket tyder på att samma tolkning gjorts av den anbudsgivaren. NSC vidhåller att förfrågningsunderlaget inte varit klart och tydligt utformat och har påverkat anbudsgivarnas möjlighet att förutse hur en utvärdering ska ske.

Landstinget vidgår också att ett misstag har begåtts då krav 6.3.1.2 är en sammanblandning av två olika egenskaper. Därmed torde det stå klart att transparensprincipen inte är uppfylld.

Det är den upphandlande myndighetens rättighet och skyldighet att ställa krav och villkor i upphandlingen som står i rimlig proportion till det som upphandlas. Flygverksamhet är den enda verksamhet där röntgen används

som har reglerats med avseende på prestandakrav och det finns därmed bara en standard vilken även många verksamheter utanför flyget lutar sig emot. Landstinget får självfallet ställa andra krav men när man går längre i sin kravställning än vad jämförbara verksamheter gjort vilket får som konsekvens att bara en anbudsgivare kan delta så vidhåller NSC att man bryter mot proportionalitetsprincipen och konkurrensprincipen då krav 6.3.1.2 innebär att en viss leverantör gynnas på ett otillbörligt sätt. En annan rättspsykiatrisk klinik installerade under 2015 en utrustning vars prestanda är sämre än vad krav 6.3.1.2 föreskriver.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och LOU (2007:1091) upphävdes därmed. Enligt 4 p. övergångsbestämmelserna gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 och den upphävda LOU (2007:1091) är därmed tillämplig i målet.

Upphandlande myndighet ska 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

I KRAVSPECIFIKATION anges under punkt 6.3.1.2 Krav:

”Utrustningens genomlysningsförmåga ska som minst uppfylla (steel wedge) standard AWG 40 mm (0.08 mm) . typical 41 mm (0.07 mm).”

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad NSC som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

NSC har anfört att det inte framgått att krav 6.3.1.2 utgör ett sådant krav på den efterfrågade bagageröntgenutrustningen som måste uppfyllas och att förfrågningsunderlaget därför varit otydligt på den punkten. Vidare har NSC anfört att detta krav utifrån hur det formulerats är en sammanblandning av två olika sätt att mäta prestanda. Det har därför inte gått att avgöra vilken egenskap eller prestanda som landstinget efterfrågar i upphandlingen. Härutöver ifrågasätter NSC att landstinget efterfrågat en prestanda som är avsevärt högre än vad som är standard vad avser bagageröntgen på flygplatser, som är den enda standarden som finns avseende bagageröntgen. NSC menar också att endast två fabrikat på marknaden uppfyller det prestandakrav landstinget menar att man ställt i upphandlingen. Då skillnaden mel-

lan den bästa och den sämsta offererade utrustningen i praktiken är mycket liten strider detta vidare mot proportionalitetsprincipen.

Landstinget har å sin sida anfört att NSC trots sin inställning till krav 6.3.1.2 intygat att detta uppfyllts då man intygat att samtliga dokumentdelar benämnda "krav" uppfylls. Landstingen har också vitsordat att det skett en sammanblandning av två olika mätvärden då uttrycket "steel wedge" angetts i en parentes. Trots detta torde det ha stått klart för anbudsgivarna att det som efterfrågades var AWG då det mätvärde som angavs är relevant för just AWG.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som ska upphandlas. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet oförhindrad att själv bestämma vilka krav som ska ställas på leverantören och på upphandlingsförmålet. Att landstinget har efterfrågat en viss prestanda på utrustningen, oavsett om den överstiger vad som utgör standard avseende bagageröntgenutrustning på flygplatser, kan därför inte anses vara i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Den aktuella punkten återfinns i kravspecifikationen och rubriceras "Krav". Oaktat att denna punkt, vilket landstinget vitsordar, inte märkts med symbolen för ska-krav som måste vara uppfyllt finner förvaltningsrätten att det inte kan anses råda någon tvekan om att detta är ett ska-krav som den offererade varan måste uppfylla för att anbudet ska kvalificeras till utvärdering.

Frågan är då om detta krav är tillräckligt tydligt för att en normalt omsorgsfull leverantör ska ha förstått vad som efterfrågas i upphandlingen. Landstinget medger att kravet innehåller en sammanblandning av två olika mätvärden eftersom uttrycket "steel wedge" inom en parentes finns med. Utifrån sammanhanget, det sätt som kravet formulerats och det mätvärde som

angetts som krav, måste det ha stått klart för en leverantör verksam i branschen att det som efterfrågades var en röntgenutrustning som uppfyller visst prestandakrav uttryckt i AWG. Steel wedge var dessutom angivet endast inom parantes. Krav 6.3.1.2 är därför tillräckligt klart formulerat för att uppfylla de upphandlingsrättsliga kraven avseende transparens. Sammantaget har det som NSC anfört inte visat att landstinget under genomförandet av denna upphandling har brutit mot LOU eller mot någon grundläggande princip som bär upp lagstiftningen om offentlig upphandling. Då anbudet från NSC således rätteligen uteslutits har det därmed inte heller kommit fram att NSC lidit eller riskerat att lida någon skada med anledning av hur upphandlingen genomförts. Då det således inte föreligger grund för något ingripande från förvaltningsrätten ska ansökan avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Robert Dalman

rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.