



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-05-04
Meddelad i Jönköping

Mål nr
940-17

SÖKANDE

Tunstall Nordic, 556540-2889
Box 9028
200 39 Malmö

Ombud: Sofia Thelin och Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

1. Skara kommun, 212000-1702
532 88 Skara
2. Vara kommun, 212000-2924
534 81 Vara

Ombud för 1-2: Lennart Jonsson
Lidköpings kommun
Upphandlingsenheten
531 88 Lidköping

SAKEN

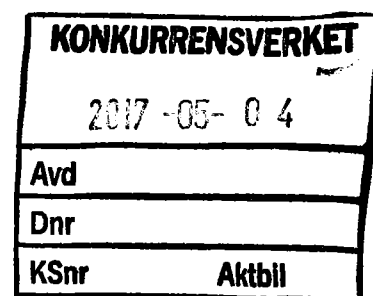
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Skara och Vara kommun (kommunerna) genomför upphandling avseende larmsystem och digitala lås på särskilda boenden, som ett öppet förfarande enligt LOU. Utvärderingen har skett med utgångspunkt att anta anbud med lägst pris. I tilldelningsbeslut daterade den 14 och den 15 februari 2017 antogs annan leverantör än Tunstall Nordic (Tunstall). Tunstalls anbud förkastades i kvalificeringsfasen.



Dok.Id 225389

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

YRKANDEN M.M.

Tunstall yrkar rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs, där *Tunstalls* anbud beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandena anförs bl.a. följande. Kommunerna har brutit mot lika-behandlingsprincipen genom att felaktigt ha förkastat anbudet. Förfrågningsunderlaget innehåller allvarliga brister avseende transparens och lika-behandling. Avseende diskvalificering av anbudet anförs bl.a. följande.

4.6.2 Funktioner personalorganisation, punkt 4

Vid den visning som ägde rum visade *Tunstall* att automatisk återkallning enbart är en inställningsfråga i det system som erbjuds och att automatisk återkallning är möjlig. Demonstrationsmiljön som erbjöds hade inte dessa inställningar, vilket påtalades för kommunerna.

4.6.3 Funktioner larm från boende och personal, punkt 5

En sådan funktion kan tillhandahållas av *Tunstall*, i enlighet med *Tunstalls* anbud.

4.7.1 Krav på boendelås, punkt 7

Under visningen demonstrerade *Tunstall* att kravet på att boende ska kunna låsa om sig mekaniskt från insidan var uppfyllt. *Tunstall* hade en annan typ av låskista i den demodörr som visades, men *Tunstall* berättade hur låset fungerade.

Tunstalls offererade utrustning har därmed den funktionalitet som efterfrågats av kommunerna. *Tunstall* har vidare i sitt anbud tydligt accepterat samtliga ska-krav i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget har det inte angetts att det var ett ska-krav att aktuell funktionalitet behövde presenteras på ett visst sätt.

Förfrågningsunderlagets konstruktion

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter punkt 2.1.12 följer inte att någon utrustning måste demonstreras vid anbudspresentationen, utan endast att anbudsgivaren ska presentera sitt anbud och redogöra för efterfrågade funktioner. Det framgår inte heller att den utrustning som demonstreras vid anbudspresentationen ska ha samtliga funktionaliteter som framgår av ska-kraven. Tunstall har inte kunnat misstänka att kommunerna skulle ge kravet på att redogöra för efterfrågade funktioner den innebörd som sedermera gjordes. Detta förändras inte av att det i punkt 4.2.1. anges att samtliga krav och funktioner ska vara uppfyllda vid anbuds avgivande, eftersom inte heller denna punkt anger att samtliga ska-krav ska demonstreras vid anbudspresentationen. Som angetts ovan har Tunstall accepterat samtliga ska-krav i sitt anbud och kraven har därmed uppfyllts vid anbuds avgivande, leverans kommer att ske med den funktionalitet som efterfrågats. Eftersom de obligatoriska kraven utgör ramarna för hela upphandlingen är det av yttersta vikt att de obligatoriska kraven är tydligt formulerade, så att alla potentiella leverantörer kan utläsa vad som krävs för att ett anbud ska uppfylla kraven. Av EU-domstolens dom i mål C-19/00, SIAC, följer att krav ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kraven på samma sätt. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan inte tolka förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det skulle innebära att den utrustning som demonstreras vid anbudspresentationen måste uppfylla samtliga ska-krav i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Krav som kan leda till uteslutning är väsentliga och måste framgå av det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Kommunerna anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Eftersom Tunstalls offererade utrustning inte uppfyller ställda krav och funktioner såvitt gäller de tre aktuella punkterna i förfrågningsunderla-

get vore det inte förenligt med likabehandlingsprincipen att låta dem gå vidare i anbudsprövningen. Förfrågningsunderlaget innehåller inga allvarliga brister vad gäller transparens och likabehandling.

4.6.2 Funktioner personalorganisation, punkt 4

Tunstall underrättade endast kommunerna om att funktionen *kan* ställas in. Detta är inte en fullgod uppfyllelse av ställt krav. Tunstall har inte demonstrerat hur återkallelse av accepterat larm fungerar och har därmed inte kunnat styrka att dess anbud uppfyller kravet.

4.6.3 Funktioner larm från boende och personal, punkt 5

Vid presentationstillfället framkom att det system som Tunstall har offererat inte loggar upprepade larm från samma larmsändare.

4.7.1 Krav på boendelås, punkt 7

Vid själva presentationen meddelade Tunstall att de har en annan typ av låskista i sin demodörr. Vid själva presentationen visade inte Tunstall att kravet var uppfyllt, utan valde istället att muntligen berätta hur låset fungerar. Tunstall visade således inte att kravet om att boende ska kunna låsa om från insidan med ett vred uppfylldes.

Kommunerna har inte heller behandlat anbudsgivarna olika, utan respektive anbudspresentation har varit en del i bedömningen i kvalificeringsfasen. Att inte förkasta Tunstalls anbud hade utgjort ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Förfrågningsunderlagets konstruktion

Gällande påstådd bristande transparens anger förfrågningsunderlaget punkt 4.2.1 klart och tydligt att krav och funktioner som ställs på systemet i kravspecifikationen ska vara uppfyllda vid anbudets avgivande. Enligt 2.1.12 ska anbud förkastas om inte krav och funktioner som ställs på systemet i

kravspecifikationen är uppfylla vid anbudets avgivande. Kommunerna skickade dessutom inför anbudspresentationen en inbjudan till anbudsgivarna där bland annat framgick att anbudsgivaren fysiskt skulle visa hur boendelåsen fungerade. Tunstall blev i god tid inför presentationen på ett klart och tydligt sätt informerad om vad som förväntades av denne. Förutsättningarna för att bli kvalificerad för anbudsutvärdering framgår klart och tydligt i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. ÄLOU ska därför tillämpas i målet.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 1 kap. 9 § ÄLOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomförupphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 4 april 2014, mål nr 6092-13, uttalat bl.a. följande. För att en domstol ska förordna om rättelse måste en klagande leverantör klart ha visat att den upphandlande myndigheten har miss-

bedömt ett anbud eller tagit ovidkommande hänsyn. När det är frågan om påståenden som till sin natur är sådana att det inte går att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det leverantörens ansvar att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlaget

Det står en upphandlande enhet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (jfr RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande enheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt.

Förfrågningsunderlaget kunde, i enlighet med det Tunstall har anfört, möjligen ha varit något mer tydligt avseende den presentation som efterfrågats. Emellertid anges det i punkt 2.1.12 att ställda krav på produkten ska kontrolleras och att köparen kommer att bjuda in leverantören för att presentera anbudet och efterfrågade funktioner i systemet. Krav och funktioner som ställs på systemet i kravspecifikationen ska enligt 4.2.1. vara uppfyllda när anbud lämnas. Kommunerna har därefter genom ett meddelande bjudit in

aktuella leverantörer i syfte att förevisa erbjudet system. Förfarandet har – i jämförelse med ovan redovisade anvisningar – enligt förvaltningsrättens mening inte inneburit någon väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen, utgörande ett nytt eller förändrat ska-krav. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och transparent samt likabehandlande även med beaktande av det som Tunstall har anfört angående presentation av anbud.

Uteslutande av Tunstalls anbud

Kommunerna har i målet gjort gällande att Tunstalls anbud inte gått vidare till utvärdering, eftersom anbudet inte uppfyller de kvalificeringskrav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Tunstall har menat att det som har framkommit vid presentationen inte visar att någon brist i uppfyllelse av ska-kraven, och att bolaget i vilket fall har intygat att samtliga ska-krav är uppfyllda när man lämnade sitt anbud.

Förvaltningsrätten gör i detta hänseende följande bedömning. För kvalificeringskrav av aktuell typ är det en relevant förutsättning att den upphandlande enheten vid bedömningen av inkomna anbud ges möjlighet att bedöma om det uppställda kvalificeringskraven är uppfyllda. Den upphandlande enheten måste också ges visst utrymme vid bedömningen av anbuderna, under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Upphandlande enhet kan inte klandras för det fall att man finner nödvändigt att kontrollera om de uppgifter som lämnats i anbudet uppfyller de uppställda ska-kraven. Så har kommunerna gjort, bl.a. genom den presentation som det här är fråga om, vilken också har stöd i anvisningarna för upphandlingen. Det ankommer på anbudsgivaren att visa att kraven uppfylls. Annat har inte framkommit än att anbudsgivarna har behandlats lika i detta avseende, och förfarandet har stöd i förfrågningsunderlaget. Tunstall har inte heller under målets handläggning i förvaltningsrätten närmare preciserat hur automatisk återkallning skulle vara möjlig

inom ramen för dess erbjudna larmsystem, hur man kan tillhandahålla att upprepade larm från samma larmsändare inte ska indikeras som nya larm tills det är kvitterat, och inte heller hur anbudet uppfyller kravet på att boende ska kunna låsa om sig mekaniskt från insidan. Tunstall har därmed enligt förvaltningsrättens mening inte gjort sannolikt att de uppställda kvalificeringskraven i detta avseende är uppfyllda. Kommunerna har därmed haft fog för att förkasta Tunstalls anbud.

Sammanfattning

Vid angivna förhållanden finner förvaltningsrätten att den i målet aktuella offererade produkten inte kan anses likvärdig med den av kommunerna efterfrågade produkten. Inte heller finns några brister i förfrågningsunderlaget av sådan karaktär att upphandlingen måste göras om. Kommunerna kan således inte anses ha åsidosatt bestämmelserna i ÄLOU genom förfrågningsunderlagets konstruktion och inte heller genom att utesluta Tunstall AB från utvärderingen. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande mot upphandlingen. Tunstalls ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.