



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

BESLUT

2017-04-26
Meddelat i Jönköping

Mål nr 697-17

KONKURRENSVERKET	
2017-04-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Motion & Fitness i Sverige AB, 556752-3880

Ombud: Andreas Strömsten
Motion & Fitness i Sverige AB
Kabelvägen 17
602 10 Norrköping

MOTPARTER

1. Kriminalvården, 202100-0225

2. STI International Trading AB, 556308-4432

Ombud: Advokat Martin Vildhede och jur.kand. Maria Karlsson
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 11235
404 25 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 15 februari 2017
i mål nr 7885-16, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU); fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

Dok.Id 205424

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

I överklagande yrkar Motion & Fitness i Sverige AB att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och fastställer Kriminalvårdens tilldelningsbeslut i upphandlingen.

Kriminalvården har härfter beslutat att avbryta upphandlingen (och att göra om upphandlingen). Kriminalvårdens beslut kom in till kammarrätten den 9 mars 2017. Kammarrätten har berett klaganden tillfälle att yttra sig över detta beslut, men något yttrande har inte kommit in.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Såvitt framkommit i målet har tiden för att ansöka om överprövning av Kriminalvårdens avbrytandebeslut gått ut, se 16 kap. 12 § LOU. Eftersom det då inte längre finns en pågående upphandling kan denna inte bli föremål för överprövning. Frågan om förvaltningsrättens dom är riktig saknar därför betydelse vad avser den överprövade upphandlingen. Frågan i målet har således förfallit, jfr rättsfallet HFD 2016 ref. 79. Målet ska då avskrivas från vidare handläggning.

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

Kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist (ordförande) och kammarrättsrådet Hans-Olof Hallbäck (referent) har deltagit i avgörandet.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-02-15
Meddelad i Linköping

Mål nr
7885-16

SÖKANDE

STI International Trading AB, 556308-4432
Box 362
501 13 Borås

Ombud: Advokat Martin Vildhede och Jur.kand. Maria Karlsson
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPARTER

1. Kriminalvården
601 80 Norrköping

2. Motion & Fitness i Sverige AB, 556752-3880
Kabelvägen 17
602 10 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ”Träningsutrustning för intagna” (dnr 2016-22138) inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Motion & Fitness i Sverige AB inte ska beaktas.

Dok.Id 276272

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 11 00	013-25 11 40	måndag–fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se		08:00-16:00
		www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården genomför upphandlingen ”Träningsutrustning för intagna” med dnr 2016-22138. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 11 november 2016 meddelade Kriminalvården att Motion & Fitness i Sverige AB (MF) antagits som anbudsgivare. Av resultatrapport den 14 november 2016 framgår att STI International Trading AB (Bolaget) i upphandlingen lämnade anbudet med det näst lägsta priset.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny tilldelning görs efter förkastande av Motion & Fitness i Sverige AB:s anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kriminalvården bestrider bifall till ansökan.

MF bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Knappsats skild från display

MF har avseende motionscykel, crosstrainer och löpband lämnat anbud av märket Circle. I sitt anbud angav MF att dessa produkter uppfyllde kravet på skild knappsats. Den information som MF lämnade är emellertid felaktig. De produkter som MF offererade saknar knappsats som i sin helhet är skild från displayen. I den information som MF lämnade avseende offererade produkter återfinns bland annat bilder på produkterna. Redan av dessa bilder

är det uppenbart att produkterna saknar separat knappsats. Av samtliga ingivna bilder framgår tydligt att knappsatsen för offererade produkter är en del av displayen, innebärande att knappsatsen inte i sin helhet är skild från displayen.

Det är riktigt så som Kriminalvården gör gällande att MF:s enheter består av tre delar. Kriminalvårdens resonemang om att detta skulle innebära att knappsatsen är skild från displayen är emellertid felaktigt. Knappsatsen och displayen är tvärt emot Kriminalvårdens påstående direkt sammansvetsade med övriga delar i en enda sammanfogad enhet. Vad som avses härmed är att knappsatsen och displayen är fysiskt placerad ovanpå varandra och därefter fästa i varandra, bland annat genom en overlay. Dessa millimetertunna mellanlager i form av overlay och metallplatta, vilka uteslutande har funktionella syften, innebär alltså inte att knappsatsen är skild från displayen i sin helhet. Detta ska jämföras med den lösning som Bolaget offererade, där display och knappsats är placerade på två olika fysiska platser.

Kriminalvårdens resonemang om att knappsatsen är skild från displayen i sin helhet enbart på grund av att knappsatsen skiljs åt med en overlay och en metallplatta är i stället av flera skäl ologiskt och kan inte uppfattas på annat sätt än en efterhandskonstruktion. För det första innebär Kriminalvårdens resonemang att det aktuella kravet helt skulle sakna betydelse, sedan en knappsats aldrig sitter fäst direkt på en display utan någon typ av mellanlager, såsom en overlay. För det andra innebär Kriminalvårdens resonemang att Kriminalvården medvetet måste ha lämnat ett felaktigt eller i vart fall synnerligen otydligt svar på den ställda frågan. Den normalspråkiga innebörden av att ha knappar på displayen måste nämligen även innefatta en sådan lösning som MF offererat, där knapparna för blotta ögat sitter direkt på displayen. Baserat på hur frågan är utformad kan Kriminalvårdens svar emellertid inte tolkas på annat sätt än att en sådan lösning inte är tillåten, sedan det inte är tillåtet med några knappar på displayen.

Vidare är det inte möjligt att byta ut knappsatsen på de träningsmaskiner som MF offererat men bibehålla displayen. I vart fall kan så inte ske utan att ett sådant ingrepp riskerar att innebära ett byte även av displayen, vilket de aktuella kraven syftar till att undvika. Att de olika delarna i MF:s offererade träningsmaskiner – display, overlay och knappsats – med nödvändighet måste limmas samman till en enda enhet beror på att vattenskador annars svårigen kan undvikas. Till följd av den limning som måste göras är det i princip omöjligt att byta knappsatsen separat utan att samtidigt riskera att skada displayen. Anledningen härtill är att overlayen i den typ av sammanfogad knappsats och display som används i en sådan lösning är fastlimmad på displayytan med ett speciallim, vilket värmehärdas efter applicering för att bilda en hundra procentig fuktspärr. Om en knappsats skadas och måste bytas måste således även overlayen bytas, då risken annars är stor att overlayen vid bytet av knappsats har skadats med innebörden att de vitala kretskorten inte längre är skyddade utan är direkt exponerade mot fukt. Eftersom overlayen även sitter fast i displayen, med samma speciallim, måste overlayen dock även avlägsnas i sin helhet från displayen, om densamma ska kunna återanvändas. Ett byte av displayen är allt annat än enkel och kan sannolikt inte göras utan leverantörens medverkan. Ett sådant arbete skulle kräva tillgång till specialistkunskap, specialverktyg m.m. I vissa fall krävs härutöver särskild el-behörighet.

Bristande transparens

Det är ostridigt i målet att Kriminalvården uppställt ett obligatoriskt krav på att aktuell knappsats ska vara skilda från display och att det ska vara möjligt att byta ut knappsatsen men bibehålla displayen. Kriminalvården har därtill förtydligat, genom frågor och svar, att knappsatsen ska vara skild från displayen i sin helhet. En normalt informerad och aktsam anbudsgivare kan emellertid inte ha förstått att denna upplysning skulle innebära att det räcker att knappsatsen är en skild del i en i övrigt sammansvetsad enhet, det vill

säga att det är acceptabelt att knappsats och display är fysiskt placerade och fästa ovanpå varandra. Med en sådan tolkning saknar kravet helt betydelse, eftersom knappsatsen i en träningsmaskin av funktionsskäl alltid skiljs åt från displayen med någon typ av mellanlager och knappsatsen och således alltid är en separat del av en enhet. I stället är det mer naturligt att tolka aktuell uppgift som att Kriminalvården efterfrågat en separat knappsats. I vart fall framgår det inte tydligt att kravet ska tolkas på det sätt Kriminalvården tolkat kravet.

En normalt informerad och aktsam anbudsgivare kan emellertid inte heller ha förstått att den upplysningen att knappsatsen ska kunna bytas ut samtidigt som displayen bibehålls innebär att displayen endast ibland ska kunna bibehållas. Det är i princip alltid teoretiskt möjligt att byta en knappsats utan att även byta displayen. Tillsammans med kravet på att knappsatsen ska vara skild från displayen kan det aktuella kravet emellertid inte uppfattas på annat sätt än att knappsatsen ska kunna bytas ut utan att behöva byta displayen varje gång.

Sammanfattningsvis står den tolkning och tillämpning av aktuella krav som Kriminalvården förordnar i strid med den naturliga och normalspråkliga innebörden av angivet krav. En sådan tolkning och tillämpning av kravet står således i strid med principen om transparens.

Kriminalvården

Knappsats skild från display

MF:s offererade maskiner uppfyller kravet på knappsats som är helt åtskild från displayen. MF:s enheter består av tre nivåer, dels en display med underliggande elektronik, dels en s.k. overlay som läggs ovanpå och dels som sista nivå, det som brukaren faktiskt ser, en knappsats. Detta innebär att

knappsatsen kan bytas ut genom att den enkelt tas bort eller byts ut. I nästa läge kan overlayen bytas ut om det skulle vara fel på den. Bägge dessa komponenter, knappsats och overlay, kan alltså plockas bort innan man behöver komma i kontakt med displayen. Knappsatsen är därmed skild från displayen på så sätt att den enkelt kan bytas ut, utan riskera att displayen skadas i samma moment.

Både knappsats och overlay fästs med självhäftande klister. På MF:s offererade träningsmaskiner klistras knappsatsen fast som sista moment i monteringen. Mellan knappsatsen och displayen finns dels en overlay, dels en metallplatta. Knappsatsen är därmed skild från displayen i sin helhet. Om enbart knappsatsen blir obrukbar kan denna skiljas från overlayen och bytas ut, utan risk för åverkan på displayen eller underliggande elektronik. Syftet med kravet i punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget är därmed uppfyllt.

Bolagets påstående att knappsatsen och displayen är sammansvetsade till en enda sammanfogad enhet är felaktigt. Alla delar kan köpas separat som reservdelar och bytas ut. Så torde inte vara fallet om en separat del inte kan bytas ut. Bolaget anför också dels att ett speciallim används vilket värmehärdas för att bilda en fuktspärr, dels att limmet vid ett eventuellt byte av knappsats och overlay riskerar sitta kvar på displayen. Detta är inte korrekt. Lim används inte över huvud taget. Den bild som är tänkt att illustrera problematiken avser en helt annan träningsmaskinsmodell som inte offererats av MF. Vidare påstår Bolaget att kopplingarna i displayens kretskort är limmade med smältlim, vilket också är ett felaktigt påstående. Kontakterna i MF:s elektronik kan enkelt kopplas loss och något lim används inte i elektronikenheten. Att någon särskild el-behörighet skulle behövas för att koppla ur och i en kontakt är också ett felaktigt påstående. Övriga av Bolaget angivna sakomständigheter saknar relevans för målets avgörande, t.ex. resonemangen om fuktskydd. Frågan i målet är huruvida knappsatsen är skild från displayen eller inte.

Bristande transparens

Bolagets påstående om att kravet i punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget skulle brista i transparens kan inte uppfattas på annat sätt än att det är en efterhandskonstruktion. Syftet med kravet har förklarats och vitsordats av parternas inledande inlagor. I frågor och svar klargjordes att det inte accepteras att endast de mest använda knapparna är skilda från displayen. Detta innebär därmed att knappsatsen i sin helhet ska vara skild från displayen. Några andra oklarheter kring kravets formulering har inte framkommit under annonseringstiden, varför alla anbudsgivare tycks ha förstått hur kravet skulle tolkas.

Vad som i övrigt anförts om transparensbristen är till stor del baserat på felaktigheter i Bolagets yttrande som bemötts.

Kravet är viktigt då knappsatsen inte på ett enkelt sätt kunnat bytas ut på tidigare upphandlade träningsmaskiner. Detta har i tidigare avtal medfört att maskinerna varit obrukbara till dess att leverantören på plats bytt enheten. Dessutom har det medfört onödigt stora kostnader att behöva anlita extern part då enbart en knappsats gått sönder jämfört med om det kunnat åtgärdas av egen personal.

Bolagets påstående att alla delar teoretiskt kan bytas ut i vart fall någon gång på alla maskiner som existerar på marknaden och samtidigt bibehålla displayen saknar relevans, eftersom Bolaget i detta avseende utgått från felaktiga och missvisande fakta om den av MF offererade konstruktionen. Tvärtom förefaller MF:s offererade konstruktion vara enkel att använda, kostnadseffektiv och ett riskfritt alternativ för att bibehålla en fungerande display.

Det faktum att Bolaget inte offererat samma lösning som MF avseende knappatsens avskildhet från displayen, kan knappast medföra att kravet brister i transparens. Eftersom kravets formulering varit tydlig och att kravets syfte uppfattats på rätt sätt kan kravet inte anses brista i transparens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

LOU upphävdes den 1 januari 2017. Enligt 4 p. i ikraftträdande- och övergångsbestämmelser till den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller dock den äldre LOU för sådana upphandlingar som påbörjades innan den 1 januari 2017.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har framhållit att MF:s anbud rätteligen skulle ha diskvalificerats då offererade träningsmaskiner inte uppfyller ställda krav i punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget avseende att knappats ska vara skild från display och att det ska vara möjligt att byta ut knappats men bibehålla display. Därtill

har Bolaget gjort gällande att de aktuella obligatoriska kraven står i strid med principen om transparens.

Förvaltningsrätten finner skäl att först pröva om de aktuella obligatoriska kraven till sin utformning kan anses brista i transparens.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bland annat att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget 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 dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-27/15).

I punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget anges bland annat att löpband, crosstrainer/elliptical och cyklar ska ha en tydlig och användarvänlig display. Knappsatsen ska vara skild från displayen. Det ska vara möjligt att byta ut knappsatsen men bibehålla displayen.

Vidare har kriminalvården via TendSign angett att kravet på att knappsatsen i sin helhet ska vara skild från displayen kvarstår.

Enligt förvaltningsrätten måste den språkliga innebörden av formuleringen i punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget uppfattas som så att knappsats och display ska vara fysiskt åtskilda från varandra. Vidare ska knappsatsen på träningsmaskinerna kunna ersättas utan att åverkan görs på displayen. Förvaltningsrätten finner att kraven är tillräckligt tydligt formulerade. Utifrån vad Bolaget har anfört kan de aktuella obligatoriska kraven inte anses brista i transparens. Skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund föreligger därmed inte.

Frågan blir här efter om MF:s offererade träningsmaskiner uppfyller de obligatoriska kraven avseende att knappsats ska vara skild från display och att det är möjligt att byta ut knappsats men bibehålla display.

Av handlingarna i målet framgår att MF:s offererade träningsmaskiner i aktuellt hänseende består av tre nivåer. Knappsatsen appliceras på en overlay som i sin tur fästs på en metallplatta vilken är placerad ovanpå underliggande elektronik och display. Eftersom samtliga delar appliceras på varandra och därmed sammanfogas till en enhet kan den offererade lösningen, utifrån förfrågningsunderlagets ordalydelse, enligt förvaltningsrätten inte innebära att knappsatsen är fysiskt skild från displayen. Förvaltningsrätten finner därmed att MF:s offererade träningsmaskiner inte uppfyller aktuellt obligatoriskt krav och att Kriminalvården felaktigt antagit MF:s anbud.

Genom felaktigheten har Bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att bristen ligger i att MF inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav finner förvaltningsrätten att ett ingripande i form av rättelse, på så sätt att MF:s anbud inte beaktas vid anbudsutvärdering, är en tillräcklig åtgärd. Ansökan ska bifallas på detta sätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.