



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-01-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 42671-10
 Enhet 13

SÖKANDE

Lars Svensson Inredning AB, 556275-3458
 Sollentunavägen 130
 191 44 Sollentuna

Ombud

Advokat Pernilla Norman
 Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
 Box 27707
 115 91 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad, Serviceförvaltningen
 Upphandlingsavdelningen
 Box 7005
 121 62 Johanneshov

Ombud

SKL Kommentus AB
 117 99 Stockholm

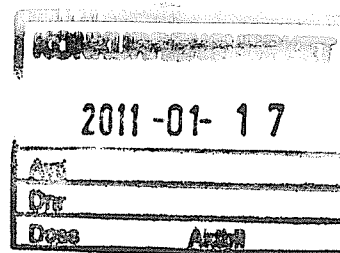
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Lars Svensson Inredning AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 15 oktober 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 85487

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelhuddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00
 E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Ett stort antal upphandlande myndigheter och har genom SKL Kommentus AB (Kommentus) genomfört en upphandling avseende ramavtal för Möbler 2010, projektnummer 10056. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Upphandlingen har omfattat två kategorier varav kategori 2 omfattar 10 olika varugrupper.

I tilldelningsbeslut den 5 oktober 2010 antog de upphandlande myndigheterna anbud från andra anbudsgivare än Lars Svensson Inredning AB (bolaget).

Förvaltningsrätten har den 15 oktober 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud tas med till utvärdering, eller, i andra hand, att upphandlingen görs om.

Kommentus bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

Grunden för Bolagets yrkanden är att Kommentus har handlat i strid med lagen om offentlig upphandling (LOU) när man har diskvalificerat bolagets

på grund av tekniska svårigheter i det elektroniska upphandlingsverktyg som Kommentus har anvisat och fordrat som enda möjligheten att lämna anbud. Kommentus har genomfört upphandlingen i det elektroniska upphandlingsverktyget TendSign från företaget Opic. Kommentus har i förfrågningsunderlaget uppställt ett skallkrav att endast anbudsgivning i TendSign är tillåten.

Enligt dokumentet beslutsunderlag inkom i upphandlingen 37 anbud. Av dokumentet kan utläsas att Kommentus i sin skallkravsprövning har diskvalificerat ca 20 anbud. Detta är en onormalt hög andel diskvalificeringar. En stor andel av de anbud som har diskvalificerats har gjort det beroende på felaktigheter i de elektroniska bilagorna. Det kan konstateras att endast stora bolag med gissningsvis egna större IT-avdelningar har klarat kvalificeringen i denna del. Samtliga mindre anbudsgivare, med mindre IT-resurser, har diskvalificerats i upphandlingen. Detta borde ha gjort att Kommentus kontrollerat och ifrågasatt tekniken istället för att, utan att ta kontakt med de aktuella anbudsgivarna eller med leverantören av det elektroniska verktyget, diskvalificera ett så stort antal anbudsgivare. Kommentus har genom att diskvalificera anbudsgivare utan att vidta några efterforskningar handlat i strid med LOU och de i 1 kap. 9 § fastlagda principerna om förutsebarhet, transparens och proportionalitet.

Bolaget har diskvalificerats och inte ansetts uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav på grund av att Kommentus påstår att bolaget i sitt anbud endast har bifogat förstasidan av den 15-sidiga miljöbilagan. Detta är inte riktigt. Miljöbilagan är ett samlat dokument som Kommentus har tagit fram och lagt in i verktyget TendSign. Bilagan ska fyllas i av anbudsgivaren. Det finns inte någon teknisk möjlighet att bryta isär dokumentet, utan det är sammanhållet. Det är därmed varken riktigt eller möjligt att bolagets anbud skulle innehålla endast en av femton sidor.

När bolaget går in och granskar i verktyget TendSign så innehåller dokumentet samtliga 15 sidor.

Bolaget hade under tiden man arbetade med att ta fram sitt anbud och vid anbudslämningen stora problem med tekniken i verktyget TendSign. Problemen var särskilt stora för miljöbilagan. Bland annat kunde den ifyllda bilagan inte sparas, utan bolaget fick spara ner och spara om samma dokument ett antal gånger. Inte vid något tillfälle uppenbarade sig emellertid felet som Kommentus påstår i beslutsunderlaget, nämligen att endast första sidan skulle ha sparats ned. Bolaget var i kontakt med leverantören av det elektroniska verktyget, bolaget Opic för att komma tillrätta med de tekniska problemen.

Opic säljer en kompletterande tjänst till anbudsgivare som lämnar anbud i Opics verktyg TendSign. Denna tjänst består i att anställda på Opic kan granska anbudet i förväg och göra en kvalitetssäkring av de anbud som lämnas i verktyget TendSign. Bolaget köpte denna extratjänst och fick sitt anbud kvalitetssäkrat av Opic. Vid den kvalitetssäkringen förekom tekniska fel på miljöbilagan. Den miljöbilaga som bifogades anbudet för granskning var endast delvis ifylld – trots att bolaget hade säkerställt att bilagan var fullständigt ifylld innan man skickade den till Opic för granskning. Efter samtal med såväl den kvalitetssäkrande juristen hos Opic, som Opics support, sparade bolaget om miljöbilagan och skickade den på nytt till Opic. Denna gång fungerade det tillfredsställande. Det faktum att det var tekniska problem med just miljöbilagan dels när bolaget förberedde anbudet, dels när man skickade in "testanbudet" till Opic för kvalitetssäkring, medförde att bolaget var särskilt noga med att säkerställa att bilagan var fullständigt ifylld när man skickade in det skarpa anbudet i verktyget TendSign.

I den mailkonversation mellan bolaget och Kommentus som har följt efter

tilldelningsbesluten i upphandlingen, har Kommentus ändrat sitt påstående och hävdar numera att bolagets hela miljöbilaga finns i anbudet i TendSign men att bilagan inte är ifylld. Detta är dock inte något som framgår av tilldelningsbeslutet.

Avslutningsvis ska framhållas att skalkravet att anbud endast får lämnas i ett det elektroniska upphandlingsverktyget TendSign är diskriminerande i sig och därmed stridande mot diskrimineringsförbudet i LOU 1 kap 9 §.

Besök under semesterperioden

Kommentus har under semesterperioden genomfört besök hos anbudsgivarna där kontrollerat skalkravsuppfyllelse och utvärderat vissa enskilda offererade objekt. Det är inte proportionerligt att Kommentus tvingar personal hos anbudsgivarna att avbryta sin semester, för att därefter diskvalificera bolaget för bristande uppfyllnad av formalia. Det var heller inte möjligt för bolaget att på ett transparent och förutsebart sätt uppfatta att man riskerade att bli diskvalificerad på formella grunder när Kommentus bokade och kom på besök mitt i semesterperioden.

Kompletteringsbegäran

Kommentus handlande i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och proportionalitet förvärras ytterligare av att Kommentus i mail till bolaget bett om miljöbilagan ifylld vilket bolaget gjorde, och senare meddelat att man inte kan godta en sådan komplettering.

Skada

Kommentus upphandling i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt, har lett till att bolaget kan komma att lida skada. Den försäljning som bola-

get riskerar att gå miste om genom Kommentus felaktiga tilldelningsbeslut medför att skadan är betydande. Bolaget har idag avtal med ett stort antal av de upphandlande myndigheter som omfattas av upphandlingen. Bolaget riskerar en avsevärd andel av sin omsättning för det fall Kommentus felaktiga upphandling skulle stå sig.

Kommentus har till stöd för sin inställning anfört i huvudsak följande.

Kommentus har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling, transparens och proportionalitet.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska lämnas via upphandlingssystemet OPIC TendSign. Bifogade filer som anbudsgivaren ska fylla i måste laddas ner, fyllas i, sparas om, döpas/namnges med ursprungligt bilagenamn och slutligen bifogas det elektroniska anbudet. Anbudsgivare ska bifoga ifylld miljökravspecifikation. Bolaget har i upphandlingssystemet TendSign bifogat två filer av miljöbilagan. En inskannat pdf-fil av sida 1 i miljöbilagan (ifylld) och en ytterligare pdf-fil med samtliga 15 sidor men endast sida 1 är ifylld. Miljöbilagan i upphandlingen består av 15 sidor, sida 1 avser information om leverantörens miljöarbete och övriga sidor avser de olika produkters materialsammansättning.

Under punkt 2.24 *miljökrav* i anbudsförfrågan hänvisas anbudsgivaren till miljöbilagan. Vidare står i punkt 3 *utvärdering* följande: "uppfyllandet av skall-kraven är en förutsättning för att anbudet går vidare till anbudsutvärderingen. Anbud som ej uppfyller ställda skall-krav förkastas." I miljöbilagan anges det tydligt "Detta anbudsformulär skall fyllas i sin helhet och undertecknas av behörig firmatecknare samt bifogas till anbudet". Anbuds-

förfrågan har varit tydligt formulerad såvitt avser frågan om hur miljöbilagan ska redovisas.

Kompletteringsbegäran

Det är riktigt att Kommentus begärde in komplettering av miljöbilagan. Denna begäran gjordes utan att Kommentus i och för sig ännu prövat om sådan komplettering var förenlig med LOU. I samband med utvärdering av inkomna anbud prövade Kommentus huruvida kompletteringen kunde accepteras. Kommentus bedömde sedan att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att godta kompletteringen. Det är ju endast kompletteringar och tillrättalägganden av karaktären uppenbara felskrivningar och förtydliganden som kan vara förenliga med LOU. I nu aktuellt fall bedömer Kommentus att sådana grundläggande krav på dokumentation som nu är ifråga är sådana som anbudsgivare med noggrannhet måste uppfylla. Ett avsteg från denna princip skulle helt urholka kravet på att alla begärda relevanta uppgifter undantagslöst ska bifogas anbudet.

Sammanfattningsvis uppfyller bolaget inte skall-kravet avseende att miljöbilagan skall fyllas i sin helhet samt bifogas till anbudet. Anbudet har vart ofullständigt och därför inte upptagits till prövning. Bolaget har inte visat att något eventuellt brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Bolaget har tillagt i huvudsak följande.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

När beställaren anvisar en viss teknisk lösning, är det beställaren som står risken för denna lösning. Kommentus ansvar för det anvisade verktyget

TendSign och att det fungerar tillfredsställande för att leverantörerna ska kunna lämna sina anbud. Kommentus har inte kommenterat sitt ansvar för anvisad teknisk lösning. Däremot hänvisar man till mail från företaget Opic och säger att det inte finns några fel anmälda i TendSigns support. Det är märkligt att Opic inte loggar de felanmälningar och de felsamtal som leverantörer ringer till supporten. Bolaget har ringt sju samtal till supporten och direkt till en kontaktperson hos Opic. Trots Opics bristande loggning av fel, kan alltså objektivt konstateras att Bolaget vid upprepade tillfällen har varit i kontakt med Opic.

Också beställaren har drabbats av de tekniska felen i TendSign. Handläggaren själv har berättat för representanter för bolaget att verktyget inte fungerade utan att hon varit tvungen att skriva ut samtliga inkomna anbudsdocument.

Bolaget har i sina kontakter med Opic efterhört huruvida de tekniska felen i TendSign skulle kunna bero på att bolaget har en Mac-miljö (Macintosh-datorer och operativsystem från 2009 som ständigt uppdateras) och inte PC-datorer. Opic sa sig inte känna till att det skulle vara någon skillnad, men kunde inte utesluta det. Det kan konstateras att beställaren inte i förfrågningsunderlaget eller i övrigt i upphandlingen har lämnat någon information om att det skulle fordras PC (och inte Mac) för att kunna lämna anbud. En sådan förutsättning för anbudsgivning skulle i sig vara diskriminerande och strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap 9 § LOU.

Proportionalitetsprincipen

Det åligger beställaren att vid en valsituation av åtgärder alltid välja den minst ingripande. I den nu aktuella upphandlingen skulle rätteligen handläggaren hos beställaren ha uppmärksammat det förhållandet att leverantö-

rer som i övrigt lämnat korrekta anbud och som uppenbarligen lagt ner mycket tid och kraft på sina anbud skulle ha underlåtit att skicka med en enkel bilaga som inte i sig var krävande att ta fram och fylla i inte är särskilt sannolikt. Slutsatsen och misstanken att något inte stod rätt till borde med en korrekt tillämpning av proportionalitetsprincipen ha lett till att handläggaren ställt en enkel fråga till anbudsgivaren. Genom att diskvalificera bolagets anbud istället för att ställa en fråga och ge bolaget möjlighet att uppmärksamma det tekniska felet, förklara det och se till att det överbryggades, har Kommentus handlat i strid med proportionalitetsprincipen.

Miljöbilagans nödvändighet för ISO-certifierade bolag

Kravet på att leverantörer som är certifierade enligt ISO 9001 och 14001, ska fylla i en bilaga i upphandlingen med samma information som framgår av certifieringen, strider mot proportionalitetsprincipen. Kommentus skriver om vilken stor vikt man fäster vid miljökraven och att miljöarbetet är förankrat högt upp i leverantörsbolagen. Detta är emellertid en uppgift som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Det är därför inte lagligen möjligt att det kan ha tillmätts någon betydelse i prövning och utvärdering av anbuderna.

Vad Kommentus anför avseende miljökrav talar ytterligare för det faktum att allt som Kommentus avser uppnå med miljöbilagan, framgår genom ISO-certifieringen. Det finns därmed inte någon anledning för Kommentus att i förfrågningsunderlaget uppställa ett krav på att miljöbilagan ska fyllas i för leverantörer som är ISO-certifierade. Om det inte finns någon anledning att uppställa ett krav i en upphandling, är kravet inte proportionerligt. Ett proportionerligt krav hade här varit att det av anbuderna skulle framgå huruvida anbudsgivaren var ISO-certifierad, och om inte skulle uppgifterna som efterfrågas i miljöbilagan lämnas i anbudet.

Kommentus har angett Regeringsrättens avgörande i mål om suturer (mål nr 7957-09, dom den 18 oktober 2010). Det enda som på något sätt kan ses som en likhet mellan det fallet och förevarande mål, är att man i båda fallen talar om "miljökrav". I Sutur-fallet var det emellertid fråga om ett miljökrav i ordets rätta bemärkelse, dvs. ett skallkrav på att upphandlingsföremålet inte fick ha en viss miljörelaterad egenskap (tillsats). I förevarande fall är det fråga om ett formaliakrav, nämligen om att fylla i en bilaga i anbudet. Att bilagan handlar om anbudsgivarens miljöarbete innebär inte att det blir ett miljökrav. I nu aktuellt mål är inte något enskilt miljökrav föremål för förvaltningsrättens prövning. Det kan därmed konstateras att Regeringsrättens avgörande saknar relevans i målet.

Kompletteringsbegäran

Kommentus har begärt att bolaget skulle komplettera sitt anbud, vilket är en åtgärd inom upphandlingen. Därmed är LOU:s grundläggande principer tillämpliga också på en sådan begäran. Såsom bolaget har anfört i tidigare yttranden strider det mot proportionalitetsprincipen, samt principerna om transparens och förutsebarhet att begära en komplettering om man anser att en sådan komplettering inte är förenlig med LOU. Ett sådant ställningstagande måste den upphandlande myndigheten göra innan kompletteringen begärs. Att begära en komplettering innebär att man också måste beakta kompletteringen i den fortsatta handläggningen av upphandlingen. Det enda andra alternativet som står till buds för beställaren i det läget, är att avbryta upphandlingen och gå ut i en ny upphandling.

I det här fallet har Bolaget de facto fyllt i miljöbilagan och har också i TendSign skickat in den ifyllda bilagan. Tydligt har dock inte Kommentus fått upp bilagan ifylld. Det är alltså inte frågan om ett misstag från Bolagets sida. Vid en sådan omständighet kan det aldrig anses strida mot li-

kabehandlingsprincipen att genom komplettering få in den ifyllda bilagan, såsom Kommentus påstår. Den avvägning som Kommentus påstår sig ha gjort, strider alltså mot LOU. Bolaget har också gjort mer än vad som kan krävas för att försäkra sig om att verktyget som rätteligen är beställarens ansvar, skulle fungera tillfredsställande. Telefonlista bifogas.

Kommentus har tillagt i huvudsak följande.

Sökandens ansökan om överprövning torde avgränsas till att avse endast dem varugrupper och de upphandlande myndigheter som anbudet avser. Dessa upphandlande myndigheter och varugrupper är varugrupp Arbetsstolar, varugrupp Äldreomsorg, Väntrum, Vårdrum samt varugrupp Inredning för allmänna utrymmen för Stockholms stad.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

Inga fel som indikerar att uppladdning av dokument i systemet skulle vara ur funktion har registrerats i TendSign gällande denna upphandling. I TendSign finns en "journal" som är tillgänglig för användaren, där det bland annat framgår om användaren har laddat upp eller tagit bort uppladdade dokument som bifogats anbudet. I journalen skapas notiser som talar om vilka ingrepp som gjorts och vid vilken tidpunkt. Systemet kan däremot inte känna om dokumentet är ifyllt och än mindre om det är korrekt ifyllt. I TendSigns manual samt hjälptext som finns tillgänglig för användaren, står att läsa förutsättningarna för hanteringen av bifogade dokument, både hur man hanterar bifogade dokument från upphandlaren, och hur man hanterar dokument som eventuellt ska laddas upp och bifogas anbudet. Vid kontakt med bolaget har supportpersonal på TendSign påtalat förutsättningarna för att hantera bifogade dokument samt även kunnat konstatera att bolaget har blandat ihop sina två anbudsgivarkonton i TendSign och laddat upp vissa filer via det ena kontot och vissa filer via det andra kontot. Anbudet som

skickats in har uppenbarligen innehållit "fel" bilagor. Detta budskap har förmedlats till bolaget och finns dokumenterat i form av mejl från Annelie Sunnermalm till Lena Mårtensson, (daterat 2010-10-18 11:17).

Beträffande loggning av fel respektive loggning av ärenden till TendSign support så loggas fel i systemet automatiskt och såväl tekniker som supportpersonal notifieras om detta löpande. Loggning av inkommande ärenden av annat slag, till exempel användare som ringer eller mejlar till TendSign support, loggas genom att supportpersonalen skriver upp företagsnamn, namn på den som hör av sig, samt vad ärendet gäller. Flera personer på både TendSignsupport och även OPICs anbudsgranskning har handlagt ärendet med bolaget i samband med rubricerad upphandling. Det totala antalet telefonsamtal till OPIC enligt listan, är sju. Fem av de sju samtalen har anknytning till en av OPICs affärsutvecklare som bolaget haft kontakt med. Två samtal till OPICs växel får antas vara kopplade till TendSignsupport.

TendSigns support instämmer inte i bolagets påstående om ett tekniskt fel i TendSign i samband med insändande av "testanbud". Med bolagets uttryck "testanbud" avses ett antal bilagor som skickades till Visma OPIC AB för anbudsgranskning. Bilagorna skickades då inte genom TendSign utan via mejl, varför ett tekniskt fel i systemet blir svårt att förklara eftersom systemet inte ens har använts. Ärendet med anbudsgranskning är ett helt annat än ärendet med anbudsgivning genom TendSign. I sammanhanget är det dock värt att nämna att anbudsgranskningen meddelat bolaget att deras insända bilagor, som avsågs ingå i anbudet, var ofullständigt ifyllda. Detta finns dokumenterat i mejl från Johan Bui-Quy till Lena Mårtensson (daterat 2010-11-15 11:28).

Anledningen till att handläggaren på Kommentus har skrivit ut anbudsdocument är för att bland annat kunna göra manuella anteckningar. TendSign

fungerar utmärkt med Mac.

Kontakt mellan bolaget och supporten på Visma OPIC Systems AB finns dokumenterad i bland annat mejl. Vid dessa kontakter och genom noggrann genomgång av spårbar aktivitet på de två konton i TendSign på organisationen Lars Svenson Inredning AB, framgår att bolaget har skapat olika anbud med olika innehåll och slutligen valt att insända ett anbud från ett av sina konton, som inte uppfyller kraven i upphandlingen. Visma OPIC Systems AB menar att detta endast kan förklaras genom användarens egen aktivitet och inte systemets funktion.

Miljöbilagans nödvändighet för ISO-certifierade bolag

Kravet på miljöbilaga har varit lika för alla anbudsbolag. Det finns ingen anledning för Kommentus att anta en anbudsgivare som inte uppfyller ett sådant väsentligt skall-krav. Att låta en anbudsgivare, enligt Kommentus uppfattning, gå vidare till utvärderingen skulle strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Kompletteringsbegäran

Det hade med facit i hand varit bättre om Kommentus hade tagit ställning till kompletteringsfrågan redan innan sådan komplettering efterfrågades. Vid tidpunkten då Kommentus tog det motsatta ställningstagandet, dvs. att begära in kompletteringen, var tidsfaktorn helt avgörande. Att avvakta med att eventuellt begära in komplettering senare syntes av tidsskäl inte lämpligt. Det måste vara möjligt för Kommentus att under upphandlingsprocessen i varje enskild fråga pröva om ett visst förfarande är i överensstämmelse med regelverket eller inte. Om, som i nu aktuellt fall, Kommentus kommit fram till att komplettering inte kan godtas är Kommentus oförhindrad att avvisa kompletteringen även om man uppmanat till denna. Denna

uppmaning kan inte tas till intäkt för att Kommentus ovillkorligen måste godta kompletteringen.

Skada

Det är Kommentus uppfattning att bolaget inte lidit skada av Kommentus beslut att inte beakta kompletteringen. Bolaget har aldrig vunnit någon rättighet som genom Kommentus beslut förlorats. Bolagets anbud har beaktas på samma objektiva grunder som samtliga övriga anbudsgivares.

Bolaget har tillagt i huvudsak följande.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

Eftersom Kommentus har ansvar för att möjliggöra anbudsgivning åligger det Kommentus att bevisa att anbudsgivning har varit möjlig. Eftersom tekniska fel vanligen och enklast bevisas genom loggar och felanmälningar, så borde det ha varit tämligen enkelt att konstatera att tekniskt fel förelåg. Emellertid har det företag som tillhandahåller TendSign, Opic, inte vare sig loggat de tekniska fel som förevarit i verktyget, eller haft ett ärendehanteringssystem för felanmälningar som ringts in av leverantörerna. Kommentus har inte bevisat, och inte ens gjort sannolikt, att det inte skulle ha förelåg något tekniskt fel i verktyget. Man har endast hänvisat till att det inte finns några felloggar eller felanmälningar från Opic. Bolaget å sin sida, har däremot visat att det förelåg ett tekniskt fel i TendSign.

Vad gäller det faktum att bolaget har öppnat ett andra konto hos TendSign, så är de spekulationer som Kommentus gör tagna ur luften. Det finns ingen grund för påståendet att bolaget skulle ha blandat ihop dokument från de båda kontona. Bolaget öppnade ett nytt konto för att se om de tekniska felen var hänförliga till det ursprungliga kontot. Det var alltså ett försök

från bolagets sida att självt lösa det som TendSigns support inte klarade av att lösa. Det visade sig emellertid att de tekniska problemen med de båda dokumenten (anbudssvar och miljöbilagan) tydligen inte var hänförliga till det specifika kontot, utan låg i verktyget, eftersom felet kvarstod även i det andra kontot. Någon sammanblandning mellan kontona har inte förekommit.

Det är med viss bestörtning som bolaget noterar att Kommentus att anledningen att man har skrivit ut alla anbud skulle vara att man ville göra manuella anteckningar. Frågan inställer sig huruvida Kommentus ljuger eller om det var handläggaren som ljög när hon till bolaget uttalade att anledningen till att hon skrev ut dokumenten var att det var tekniska problem som gjorde det svårt att jobba i verktyget. Dessutom innebär det som Kommentus säger att skallkravet att anbud lämnas endast i TendSign inte är proportionerligt, eftersom man uppenbarligen har hanterat anbuden utanför verktyget.

Bolaget finner vidare Kommentus korta påstående att TendSign skulle "fungera utmärkt med Mac", som märkligt. Uttalandet saknar stöd och utvecklas inte. Vad bolaget känner till finns det inget belägg för uttalandet.

Miljöbilagens nödvändighet för ISO-certifierade bolag

Eftersom kravet att miljöbilagan ska fyllas i är oproportionerligt och eftersom Kommentus fått den relevanta informationen (samtlig i miljöbilagan efterfråga information) genom uppgiften att bolaget är certifierat enligt ISO 9001 och 14001, så är det felaktigt såsom Kommentus påstår att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att ta med bolagets anbud till utvärdering.

Bland annat med beaktande av tid och kostnader för bolaget, så under-

stryks i praxis och doktrin att proportionalitetsprincipen bland annat innebär att den upphandlande myndigheten aldrig i en upphandling får begära information som man inte tar ställning till. Detta gäller krav och kriterier som uppställs, och det gäller också kompletteringar. Det strider alltså mot LOU att i en upphandling uppställa ett krav eller begära en uppgift som inte "tas om hand" i prövning och utvärdering av anbud. Detta innebär att det strider mot LOU att begära en komplettering som man inte beaktar. Det finns inte något handlingsutrymme för beställaren i denna del. Vidare är vad Kommentus anför att det skulle vara tidsskäl som legat bakom att man begärt in kompletteringen utan att ta ställning till om det var möjligt att begära en komplettering, inte trovärdigt. Kompletteringsbegäran skickades till bolaget i augusti. Sista dag att lämna anbud var den 24 maj. Enligt LOU hanteras inkomna anbud i tre efter varandra följande steg; 1) leverantörskvalificering, 2) skallkravsprövning och 3) utvärdering. Bedömningen av huruvida en bilaga är riktigt ifyllt eller inte är del av leverantörskvalificeringen dvs steg ett. Som en del av steg 2 och 3 gjorde Kommentus besök hos kvalificerade anbudsgivare. Ett sådant besök gjordes hos bolaget i juli månad, dvs. i juli måste leverantörskvalificeringsfasen ha varit avslutad och bolaget måste ha varit kvalificerat eftersom besök gjordes. Att därefter i augusti skicka ut en kompletteringsbegäran är inte förenligt med LOU. Att dessutom senare i tilldelningsbeslutet, diskvalificera bolaget på grund av bristande leverantörskvalificering (steg ett) strider mot LOU. Att Kommentus i hanteringen av kompletteringar har handlat i strid med LOU förstärks ytterligare av det faktum att Kommentus på ett diskriminerande sätt och i strid med likabehandlingsprincipen godtyckligt har beaktat kompletteringar från vissa anbudsgivare (t.ex. från bolaget Lek och Lär AB).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

I 9 kap. 2 § LOU anges följande. Vid kommunikation med elektroniska medel skall dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används.

I 9 kap. 8 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Enligt 16 kap. 2 § LOU (i dess lydelse före den 15 juli 2010) ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han

lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Frågan i målet

Frågan i målet är om Kommentus har brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller bestämmelserna i LOU genom att bolagets anbud inte har tagits med i utvärderingen.

De aktuella punkterna i förfrågningsunderlaget

”1.6. Inlämning av elektroniskt anbud
SKL Kommentus strävar efter att förenkla anbudsarbetet både för anbudsgivare och upphandlande myndigheter. Därför accepteras endast elektronisk anbudsgivning via upphandlingssystemet OPIC tandsign.

Det är kostnadsfritt för leverantörer att använda systemet och att lämna anbud.”

...

”Observera. Bifogade filer som anbudsgivaren skall fylla i måste laddas ner, fyllas i, sparas om, döpas/namnges med ursprungligt bilagenamn och slutligen bifogas det elektroniska anbudet.”

”2.24. Miljökrav

Se bifogad Miljökravspecifikation, bilaga 7.

Anbudsgivare skall bifoga anbudet ifyllt miljökravspecifikation.”

Omfattningen av prövningen i målet

Prövningen i målet omfattar varugrupp arbetsstolar, äldreomsorg, väntrum, vårdtrum samt inredning för allmänna utrymmen för Stockholms stad.

Det elektroniska upphandlingsverktyget

Bolaget har inte anfört något som stöder att den miljöbilaga som Kommentus öppnade i samband med anbudsöppningen skulle ha varit ifylld. Vad gäller bolagets påstående om att TendSign inte fungerar i Mac-miljö, har bolaget inte anfört något som stöder detta. Bolaget har inte genom vad som anförts visat att det har förekommit fel i TendSign. Det har inte heller på annat sätt genom loggar eller andra registreringar noterats att bolaget har haft uppgivna svårigheter med TendSign. Det kan noteras att andra anbudsgivare uppenbarligen har lyckats sända in efterfrågade bilagor. Bolaget har således inte styrkt vare sig att man har lämnat in en ifylld miljöbilaga eller att det har förekommit tekniska fel i TendSign, som har orsakat att en ifylld miljöbilaga inte har nått Kommentus. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte i denna del.

Begäran om komplettering

Förvaltningsrätten har i dom den 23 december i mål 39855-10 m.fl. beslutat att Lek och Lär AB inte ska utvärderas i upphandlingen med hänsyn till att Lek och Lär AB inte borde ha tillåtits komplettera sitt anbud och att anbudet därmed borde ha uteslutits.

Möjligheten att begära att anbudsgivare förtydligar eller kompletterar ett anbud utgör ett undantag från huvudregeln att anbudsgivare ansvarar för utformningen av sitt anbud och får stå risken om lämnade uppgifter medför att anbudet inte bedöms uppfylla i upphandlingen ställda krav. Sådana kompletteringar m.m. ska därför användas restriktivt och endast om det kan ske utan risk för särbehandling.

I målet har förvaltningsrätten konstaterat att bolaget inte har visat att det har förelegat tekniska fel i TendSign; därmed saknas grund för att pröva

om bolaget ska få komplettera på grund av tekniskt fel. Den i anbudet icke ifyllda miljöbilagan kan inte anses vara en sådan brist där komplettering är möjlig, eftersom det inte handlar om att bolaget ska konkretisera något svar, utan om att bolaget skulle svara på uppgifter som bolaget haft tillgängliga, men inte angett i det ursprungliga anbudet. Därmed är det inte förenligt med LOU att godkänna en senare inlämnad miljöbilaga, eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Vad gäller det som bolaget har anfört gällande att Kommentus först begärde in en komplettering som sedan avvisades gör förvaltningsrätten ingen bedömning gällande lämpligheten i Kommentus agerande, utan konstaterar att en begäran om en komplettering inte automatiskt innebär att anbudsgivaren kommer att bli godkänd i den efterfrågade delen om en komplettering inkommer. Således har Kommentus haft rätt att avvisa kompletteringen eftersom en sådan strider mot likabehandlingsprincipen. Bolagets yrkande i denna del ska således avslås.

Strider det mot diskrimineringsförbudet att begära att anbud endast får lämnas i det elektroniska verktyget TendSign?

Om elektroniska medel ska användas ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används. Huvudregeln är att både anbudsansökningar och anbud ska lämnas skriftligen. En upphandlande myndighet får bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med något elektroniskt medel.

Förvaltningsrätten bedömer att skall-kravet att anbud endast får lämnas i det elektroniska verktyget TendSign inte är diskriminerade.

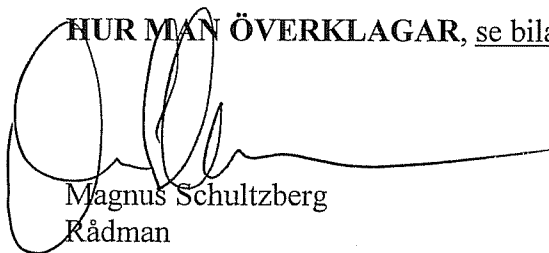
Miljöbilagans nödvändighet för ISO-certifierade bolag

De krav som en myndighet ställer upp får inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten. Av förfrågningsunderlagets punkt 2.24. Miljökrav framgår att anbudsgivare skall bifoga anbudet ifylld miljökravspecifikation. Kravet i form av en ifylld miljöbilaga framstår inte som diskriminerande, godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det är inte oproportionerligt eller på annat sätt stridande mot LOU. Således ska bolagets yrkande i denna del avslås.

Sammanfattning

Mot denna bakgrund är det inte visat att Kommentus har brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 3109/1a).



Magnus Schultzberg
Rådman

Föredragande har varit Johanna Isaksson Norlén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 var till 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

1. 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,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.