



SÖKANDE

Advania Sverige AB, 556214-9996

Ombud: Göran Antonsson och Rasmus Josefsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB

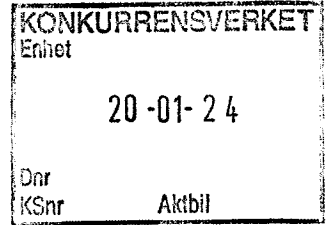
MOTPART

Umeå universitet

Ombud: Linnea Lindberg och Andreas Lindström
Foyen Advokatfirma KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå universitet (UmU) genomför med öppet förfarande en upphandling av ramavtal för persondatorer, produktnära tillbehör och tjänster (dnr ITS 2.1.2-30-19).

UmU har beslutat att diskvalificera det anbud som lämnats av Advania Sverige AB (Advania). Motivering för detta har angetts i UmU:s utvärderingsrapport och lyder enligt följande: Advania har som svar på skakrav 4.1 gällande prissättning angivit två olika procentuella påslag. Av kravet framgår att ”ett (1) enhetligt offererat påslag i procent på anbudsgivarens inköpspris för alla produkter som omfattas i anbudet” ska anges. Detta innebär att kravet inte är uppfyllt. Kravet är obligatoriskt och måste uppfyllas för att anbudsgivaren ska kvalificera sig för vidare utvärdering av anbudet. Att inte diskvalificera Advanias anbud skulle därför vara oförenligt med förutsättningarna som gäller för upphandlingen. Advanias anbud har därmed diskvalificerats.

Advania yrkar i en ansökan till förvaltningsrätten i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

UmU motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Advania anför bl.a. följande.

Advania lämnade anbud på både produktområde 1 och 2. I enlighet med grundförutsättningarna i upphandlingen, dvs. att det avsåg två produktområden som utvärderas var för sig, angav Advania i sitt svar på krav 4.1 en procentsats avseende produktområde 1 och en annan procentsats avseende produktområde 2. Det bör noteras att inom varje produktområde ingick både

datorer, tjänster och tillbehör, dvs. kategorier som normalt har olika procentuella prispåslag. I enlighet med krav 4.1 offererade Advania dock ett gemensamt procentuellt prispåslag för samtliga kategorier och tjänster inom det aktuella produktområdet.

UmU kontaktade därefter Advania och begärde ett förtydligande av anbudet. UmU gjorde gällande att krav 4.1 skulle tolkas på så sätt att endast ett enda procentuellt påslag skulle anges – även om anbud lämnas på båda produktområdena. Advania svarade UmU två dagar senare. Trots det förtydligande som ingavs på begäran av UmU diskvalificerades Advania från utvärdering avseende båda produktområdena.

UmU har genom att helt diskvalificera Advanias anbud från utvärdering agerat i strid mot LOU. Av upphandlingsdokumenten framgår tydligt att upphandlingen är indelad i två olika produktområden, att anbudsgivare har möjlighet att lämna anbud på antingen ett eller båda produktområdena samt att utvärdering och tilldelning sker separat för respektive produktområde.

Mot bakgrund av detta går det inte att kräva att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska förstå krav 4.1 på det sätt som UmU gör gällande.

Det är naturligtvis så att Advania, formellt sett, har lämnat ett anbud i upphandlingen. Av avgörande betydelse är dock att upphandlingen är uppdelad på så sätt att den avser två produktområden som UmU har utvärderat och tilldelat separat. Advania har alltså i ett anbud lämnat anbud på två separata produktområden.

Det ska tilläggas att den uppdelning som gjorts är logisk eftersom det finns stora skillnader mellan de produkter som respektive produktområde omfattar (dvs. Mac OS/iOS-enheter respektive Windows/Android-enheter), inte

minst med avseende på leverantörens marginaler. Det hade därför varit lika logiskt att kräva att anbudsgivarna offererade separata procentpåslag för de båda produktområdena.

UmU måste ha insett risken för att kravet skulle kunna tolkas på det sätt Advania gjort och hade mycket enkelt kunnat utforma kravet betydligt tydligare.

Med UmU:s tolkning av kravet hamnar en anbudsgivare som avser att lämna anbud på båda produktområdena i en sämre ställning än en anbudsgivare som bara avser att lämna anbud på ett av produktområdena eftersom den förre måste inkludera väsentligt fler produkter/tjänster i sitt offererade procentuella prispåslag. Eftersom utvärdering och tilldelning trots detta görs separat för vart och ett av produktområdena hamnar en sådan anbudsgivare i en sämre ställning än en anbudsgivare som endast lämnar anbud på ett av produktområdena. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Oaktat den otydliga utformningen av kravet måste beaktas att UmU har gett Advania möjlighet att förtydliga sitt anbud på ett sätt som innebär att kravet (även med UmU:s tolkning) uppfylls. Advania hade inte hamnat i något bättre läge än övriga anbudsgivare om förtydligandet hade beaktats. Beslutet att diskvalificera Advanias anbud trots att UmU erhållit det efterfrågade förtydligandet var därmed felaktigt. Under alla förhållanden hade UmU, även om man ansett att man inte kunde beakta förtydligandet, i vart fall kunnat utvärdera Advanias anbud i förhållande till ett av de två produktområdena.

Sammanfattningsvis bör upphandlingen rättas på så sätt att Advanias anbud utvärderas tillsammans med övriga anbud avseende båda produktområdena. Om förvaltningsrätten skulle anse att anbudet, även efter förtydligande, inte kan anses uppfylla krav 4.1 måste upphandlingen göras om eftersom den då måste anses strida mot LOU:s grundläggande transparenskrav.

Advania har lidit, eller kan komma att lida, skada av UmU:s felaktiga agerande.

UmU anför bl.a. följande.

Av kravets ordalydelse framgår att anbudsgivarna ska ange ett enhetligt prispåslag för alla produkter som efterfrågas och omfattas av anbudet. UmU har verkligen önskat vinnlägga sig om att anbudsgivarna skulle förstå detta genom att dels förstärka räkneordet ett och den bestämda formen singular med angivande av siffran 1 inom parentes, dels genom att använda ordet ”enhetligt” och dels genom att använda bestämd form singular av ordet ”anbudet”. En normalt omsorgsfull anbudsgivare kan därför rimligtvis inte förstå kravet på annat sätt än att det omfattar alla produkter, oavsett produktområde, som offereras i anbudet. Det kan också konstateras att samtliga övriga anbudsgivare har tolkat kravet på avsett sätt och efterkommit det korrekt.

Det torde stå helt klart att Advania lämnat ett anbud avseende båda de efterfrågade produktområdena och inte två separata anbud. Eftersom Advania i anbudet inte lämnat ett enhetligt prispåslag för båda produktområdena har företaget inte heller uppfyllt det obligatoriska skall-kravet i punkt 4.1 i kravlistan. Advanias anbud har således rätteligen förkastats.

Det kan i sammanhanget erinras om att en upphandlande myndighet har stor frihet att med beaktande av sina behov själv utforma de krav som ställs i en upphandling, under förutsättning att LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna inte träds för när. Det måste stå UmU fritt att kräva endast ett procentuellt påslag på samtliga varor och tjänster som efterfrågas i en upphandling.

Det är för UmU inte helt klart hur det skulle kunna vara en nackdel att lämna anbud avseende båda produktområdena med ett enhetligt prispåslag.

Oaktat detta kräver inte likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten ska utjämna affärsrisker åt anbudsgivarna. I förevarande fall har alla anbudsgivare möjlighet att lämna anbud avseende endast ett produktområde om de skulle finna det mer gynnsamt. Ingen leverantör är förpliktad att lämna ett anbud som avser båda produktområdena. Under sådana förhållanden kan det aktuella kravet omöjligt anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Det är korrekt att UmU efter anbudsöppning och genomgång av Advanias anbud ställt en fråga om hur företaget kan anse att skall-kravet är uppfyllt när man lämnat ett anbud med två procentsatser.

En upphandlande myndighet saknar dock möjlighet att tillåta en anbudsgivare att komplettera eller förtydliga sitt anbud efter anbudstidens utgång på annat sätt än rättelse av uppenbara felskrivningar och felräkningar. UmU har således inte haft möjlighet att tillåta Advania att ändra sitt anbud så att det offererade prispåslaget för ett produktområde skulle gälla för båda produktområdena. UmU har heller inte gett Advania något meddelande om att en sådan ändring godtagits. En fråga om ett förtydligande av ett anbud kan inte anses innebära att den upphandlande myndigheten medger att lämnat anbud ändras i något materiellt avseende.

UmU har inte haft möjlighet att utvärdera del av Advanias anbud. Vilket av produktområdena menar Advania att UmU i så fall skulle ha valt att utvärdera? Om UmU skulle ha valt ut ett av de två produktområdena eller för den delen ett av de två offererade prispåslagen i anbudet – hur nu ett sådant urval skulle gå till och utifrån vilka parametrar som inte föreskrivits på förhand – och sedermera utvärdera anbudet utifrån ett prispåslag och ett av de två produktområdena hade detta uppenbart stridit mot LOU och de grundläggande principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

UmU har således agerat helt korrekt genom att förkasta Advanias anbud.
UmU har inte bara haft rätt utan också skyldighet att diskvalificera anbudet.

Slutligen har inte UmU identifierat den risk som Advania påstår föreligga om att anbudsgivarna skulle missuppfatta kravet, vilket ingen annan anbudsgivare förutom Advania heller har gjort. Av den anledningen har UmU inte funnit anledning att komplettera upphandlingsdokumenten.

UmU var och är av uppfattningen att det ankommer på en normalt omsorgsfull anbudsgivare att korrekt förstå, tolka och efterkomma kravet att:
”Ange **ett (1) enhetligt** offererat påslag i procent på anbudsgivarens inköpspris för **alla** produkter som efterfrågas och omfattas i **anbudet**.” [UmU:s markering]

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om lika-behandling och öppenhet. (4 kap. 9 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Advania menar bl.a. att krav 4.1 i upphandlingsdokumenten är otydligt utformat och, enligt den tolkning UmU gör av kravet, strider mot lika-behandlingsprincipen.

I krav 4.1 i upphandlingens Ska-kravsdokument anges följande:

Ange ett (1) enhetligt offererat påslag i procent på anbudsgivarens inköpspris för alla produkter som efterfrågas och omfattas i anbudet.

a) Detta påslag gäller för beräkning av avropande myndigheters exakta pris för samtliga produkter som kan avropas via tillverkares konfigurator enligt beskrivning i bilaga "Orderflöde via tillverkares konfigurator" under hela avtalsperioden.

b) Detta påslag gäller för beräkning av "takpris" för alla övriga produkter för hela avtalsperioden. Detta innebär att leverantör under avtalsperioden för sådana produkter ska beräkna sitt högsta pris för respektive produkt till avropande myndigheter baserat på de prisvillkor som offererats enligt detta krav, men också kan välja att från tid till annan använda ett lägre påslag för att med det erbjuda ett lägre pris till avropande myndigheter.

- Det offererade procentuella påslaget anges med maximalt två decimalers noggrannhet.

Om fler decimaler finns angivna i anbudet, kommer avrundning till två decimaler att ske vid utvärdering och för användning i ett

eventuellt ramavtal.

Kommentar:

- Även om leverantören under avtalsperioden har möjlighet att "justera ned" sitt procentuella påslag till avropande myndigheter enligt beskrivning under punkt b ovan, så används det påslag som offereras enligt detta krav i den ekonomiska utvärderingen i denna upphandling.

UmU menar att kravets ordalydelse, att *ett (1) enhetligt offererat påslag för alla produkter som omfattas i anbudet* ska anges, medför att en normalt omsorgsfull anbudsgivare måste ha förstått att det efterfrågades ett enhetligt prispåslag för bägge produktområdena. Förvaltningsrätten anser också att kravet, med hänsyn till dess ordalydelse, måste förstås på det sättet. Kravet är enligt förvaltningsrättens mening tydligt och medför inte att den gemensksrättsliga principen om transparens överträds.

Förvaltningsrätten anser inte heller att kravet strider mot likabehandlingsprincipen, eftersom då alla potentiella leverantörer har haft samma möjligheter att lämna anbud på ett eller båda produktområdena. Av anbudsinvändningen framgår att anbudsgivare *kan välja* att lämna anbud på *antingen ett eller båda* produktområdena.

Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumenten.

Advania har valt att lämna ett anbud för båda produktområdena. Det är i målet ostridigt att Advania i sitt anbud inte lämnat ett enhetligt prispåslag för de båda produktområden som anbudet omfattat. Anbudet har därmed inte uppfyllt det obligatoriska kravet 4.1.

Advania menar dock att det förtydligande som ingetts, på begäran av UmU, rätteligen borde ha beaktats och anbudet därför ha utvärderats. Förvaltningsrätten anser dock inte att den omständigheten att en upphandlande myndighet ställer en fråga eller begär ett förtydligande medför någon skyldighet att också beakta det svar eller förtydligande som erhålls. Vidare skulle det i förevarande fall strida mot likabehandlingsprincipen att tillåta en justering av anbudet varigenom det obligatoriska kravet därefter skulle uppfyllas.

På grund av det anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Advania medför att förfarandet i upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.