



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

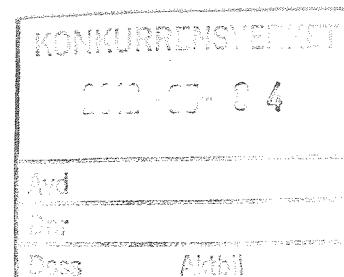
DOM
2012-05-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
2886-12
Enhet 17

SÖKANDE

Comex Electronics AB, 556314-8153
Tumstocksvägen 11 B
187 66 Täby

Ombud: Advokat Göran Starkebo
Nihlmark & Zacharoff Advokatbyrå AB
Box 7701
103 95 Stockholm

**MOTPART**

Försvarmakten Logistik, Upphandlingsenheten

Ombud: Försvarsjurist Anders Hallberg
Försvarmakten
107 85 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens beslut av den 10 februari 2012 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 219202

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarsmakten Logistik (Försvarsmakten) genomför en upphandling av löpande leverans av RÖS-verifierad materiel för IS Undsäk (FM-1725-11). Upphandlingen genomförs som avrop från ett ramavtal i form av förnyad konkurrensutsättning.

I tilldelningsbeslut den 3 februari 2012 har Försvarsmakten beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Comex Electronics AB (Comex).

Comex ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och har bland annat yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Vidare har Comex yrkat att förvaltningsrätten ska förelägga Försvarsmakten att inkomma med det i samband med upphandlingen upprättade utvärderingsprotokollet.

Förvaltningsrätten har i beslut den 10 februari 2012 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Förvaltningsrätten har vidare den 24 februari 2012 bifallit Comex yrkande om editionsföreläggande och förelagt Försvarsmakten att ge in den del av utvärderingsprotokollet i upphandlingen som innehåller uppgifter om pris.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Comex yrkar att upphandlingen ska göras om, alternativt att den får slutföras först sedan rättelse skett. Comex har till stöd för sin talan anfört bland annat följande. Upphandlingen har genomförts på ett sätt som innebär att Comex har diskriminerats. Vidare är tilldelningsbeslutet meddelat i tid efter det att gällande ramavtal löpt ut. Upphandlingsförfarandet brister dessutom i öppenhet.

Under tid då ramavtalet varit i kraft har Försvarsmakten köpt upp till 1 700 exemplar av skärmklienter från Fibersystem, i allt väsentligt utan upphandling i enlighet med ramavtalets regler. Till styrkande av detta bifogas revisorsintyg. Fibersystem har således levererat fler skärmklienter än vad som omfattas av de offentliga upphandlingar som gjorts. Att Comex inte har beretts möjlighet att delta i upphandling utgör ett avsteg från kravet på likabehandling.

Försvarsmakten har vidare i förfrågningsunderlaget angett att upp till 14 enheter av äldre modell kunnat inkluderas i anbudet. Om Försvarsmakten haft behov av 14 äldre skärmklienter kunde sådan upphandling ha hanterats i enskild ordning. Försvarsmakten har uppgett att Fibersystem inte offererat några äldre modeller, men Comex har inte möjlighet att kontrollera detta och uppgiften har inte redovisats av Försvarsmakten. Eftersom Comex inte haft samma möjlighet som Fibersystem att leverera skärmklienter vid sidan av ramavtalet har bolaget inte haft samma förutsättningar att ha några gamla enheter i lager eller att kunna sänka sin kostnad och därmed offererat pris genom att inkludera sådana gamla överexemplar av äldre modell i sitt erbjudande. Inte heller har Comex fått samma möjlighet att inom ramavtalets ram fördela kostnader över en större produktionsserie, varför villkoren framstår som anpassade till Fibersystems förutsättningar. Att Fibersystem tidigare har levererat stora volymer utgör en naturlig fördel endast under förutsättning att konkurrensutsatt upphandling genomförts inför tidigare leveranser. Upphandlingen har inte genomförts på ett likvärdigt sätt, då förfarandet är konkurrensbegränsande och oförenligt med 16 kap. 9 § LOU.

Upphandlingen har dessutom skett utan stöd av något gällande ramavtal och ska därför göras om. Det ramavtal som ligger till grund för aktuellt avrop löpte ut den 31 december 2011 och upphandlingsbeslutet är medde-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

lat den 3 februari 2012. Ramavtalet har inte förlängts eller ersatts med något nytt ramavtal.

Vidare råder bristande öppenhet i upphandlingen. Då den helt har avgjorts av prisfrågan är uppgift om priset av intresse för att kontrollera och säkerställa att anbud med lägsta pris har antagits och att upphandlingen gått korrekt till. Försvarsmakten har inkommit till förvaltningsrätten med utdrag avseende prisuppgift. Utdraget är dock taget ur sitt sammanhang. För att bedöma vad uppgifterna avser och innebär erfordras en genomläsning av utvärderingsprotokollet i sin helhet. Då Försvarsmakten motsatt sig detta råder fortfarande bristande öppenhet vad gäller upphandlingen. Om ingivet utdrag skulle anses uttala något om det erbjudna priset utgör det en bekräftelse på att Fibersystem genom omfattande leveranser har givits möjlighet att erbjuda ett lägre pris än vad som varit möjligt för andra aktörer, vilket medför ett avsteg från principen om likabehandling.

Försvarsmakten har även valt att bortse från att Fibersystem inte uppfyller samtliga skall-krav. Enligt punkt 4.5.2 i förfrågningsunderlaget ska leverantören ha behörighet enligt kravstandarden SS1. Fibersystem uppfyller inte detta skall-krav och borde inte ha kommit ifråga som leverantör. Därvid hänvisas till tilldelningsbeslut till ramavtal.

Slutligen har Försvarsmakten i upphandlingen ställt krav på ett specifikt angivet DVI-kort, utvecklat av Fibersystem tillsammans med ett annat företag. Därav följer en bristande konkurrensneutralitet, som Comex påpekat i ett tidigare skede. För det fall Försvarsmakten önskat DVI-kort från just Fibersystem hade sådana kunnat upphandlas särskilt. Genom att inkludera nämnda DVI-kort i upphandlingen av skärmklienter har Försvarsmakten gjort avsteg från principen om likabehandling. Avsteget har inneburit en nackdel för Comex. Upphandlingen ska därför göras om och utformas på ett konkurrensneutralt sätt.

Försvarsmakten bestrider bifall till ansökan. Till stöd för sin inställning anför Försvarsmakten i huvudsak följande. Försvarsmakten har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Om förvaltningsrätten skulle finna att det förelegat några felaktigheter eller brister i upphandlingen har dessa i vart fall inte inneburit eller riskerat att innebära någon skada för Comex.

Det är naturligt att ett företag som tidigare levererat varor eller tjänster till en myndighet kan ha en fördel i myndighetens kommande upphandlingar av liknande varor och tjänster. Hur tidigare upphandlingar genomförts och vilka motiv som funnits för dessa är inte föremål för prövning i detta mål.

Det har i den aktuella upphandlingen varit möjligt att offerera upp till 14 stycken skärmklienter i enlighet med äldre kravspecifikation. Denna skrivning tillkom för att möjliggöra en snabb leverans då behovet var brådskande. Syftet var inte att ge Fibersystem någon fördel. Fibersystem offererade inte heller några skärmklienter enligt äldre kravspecifikation. Skrivningen hade således ingen betydelse vid utvärderingen och kan inte ha lett till någon skada för Connex.

Det ramavtal som avropsförfrågan grundar sig på upphörde visserligen formellt att gälla den 31 december 2011. Avropsförfrågan och anbudsgivarnas svar på denna har dock inkommit inom ramavtalets giltighetstid. I avropsförfrågan har sista leveransdag angivits till den 31 augusti 2012, vilket får anses ligga inom en skälig tid från det att ramavtalet upphört. För det fall det inte skulle anses möjligt att teckna ett avropsavtal som är gällande i tiden efter det att ramavtalet löpt ut skulle ett ramavtal vara i princip oanvändbart under det sista halvåret, med hänsyn till den tid det tar att genomföra ett avrop och till den tid en eventuell överprövning kan ta. Vidare skulle det kunna ses som ett brott mot ramavtalet att under det sista halvåret av avtalets giltighetstid genomföra en upphandling vid sidan av

ramavtalet. Comex har accepterat alla villkor i avropsförfrågan genom att bolaget gett in ett anbud. Även om Försvarsmakten skulle ha genomfört en separat upphandling vid sidan av ramavtalet skulle förfrågningsunderlag och kravspecifikation i allt väsentligt se likadana ut. Comex kan därför inte anses ha lidit någon skada på grund av att avropsförfrågan skickades ut i slutet av ramavtalets giltighetstid.

Kravet på öppenhet i 1 kap. 9 § LOU innebär att upphandlingar ska genomföras på ett öppet och förutsebart sätt, framför allt att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt utformat och innehålla alla krav som ställs i upphandlingen. Bestämmelsen kan dock inte anses innebära att en upphandlande myndighet måste tillhandahålla prisuppgifter från andra anbudsgivare om detta skulle komma i konflikt med 31 kap. 16 § OSL. Försvarsmaktens skäl för att inte lämna ut prisuppgift framgår av myndighetens beslut avseende utlämnande av handling den 6 februari 2012. Försvarsmakten bestrider att myndigheten vid utvärderingen av anbuden skulle ha använt en prisstruktur som missgynnat Comex.

Comex har misstolkat de angivna skall-kraven och Försvarsmakten bestrider att Fibersystem särbehandlats positivt. Den kravstandard som Comex refererar till berör ett annat av ramavtalets produktområden (Säkerhetskåp/Kabinett), för vilket Fibersystem inte i ramavtalsupphandlingen lämnat någon offert. För upphandling av nu aktuellt material behövde leverantören endast vara behörig inom produktområde PC/IT och inom detta område mäts produkterna in enligt en kravstandard som heter U1. Denna standard ställer än högre krav på inmätning än SS1 och uppfylls av Fibersystem.

Standarden för DVI-kort har bestämts efter dialog med aktörerna på marknaden och är nödvändig för Försvarsmaktens behov. Både Comex och Fibersystem har tidigare levererat kort enligt denna standard. Comex har ti-

digare misslyckats med att ta fram en lösning som uppfyllde Försvarsmaktens krav. DVI-kortet är en relativt liten del av skärmklienten och har inte haft någon avgörande betydelse för valet av leverantör. Även om kravet på ett DVI-kort av viss standard skulle anses oproportionerligt har detta således inte lett till någon skada för Comex.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter 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 beaktas.

I 16 kap. 6 § LOU, tidigare 16 kap. 5 § samma lag, anges bland annat följande. 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

Ramavtalet

Av utredningen framgår att det ramavtal som ligger till grund för aktuellt avrop varit giltigt till och med den 31 december 2011. Vidare framgår av ramavtalet att Försvarsmakten för tilldelning av enskilt kontrakt tillämpar en andra konkurrensutsättning med de leverantörer som Försvarsmakten tecknat ramavtalet med samt att kontrakt tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Avropsförfrågan

I avropsförfrågan daterad den 24 november 2011 anges bland annat följande under punkt 1 (*Bakgrund*). Försvarsmakten avser att teckna avtal med en eller flera leverantörer för under avtalstiden löpande leverans av materiel enligt tidigare levererade kravdokument. I samband med avtals-tecknande avser Försvarsmakten att beställa 245 skärmklienter.

Under punkt 2 (*Krav på materielen*) i avropsförfrågan anges bland annat följande. Om leverantören har skärmklienter på lager enligt den förra versionen av Försvarsmaktens grund- och detaljkravsdokument, och därmed kan leverera dessa med en leveranstid på max 30 kalenderdagar, får leverantören offerera 14 stycken, men inte fler, av de 245 skärmklienter Försvarsmakten har behov av utifrån denna version.

Under punkt 3 (*Leveranstid*) anges bland annat följande. Leverans av angivna volymer ska ske löpande enligt angiven leveransplan, dock senast den 31 augusti 2012.

Under punkt 4 (*Utvärdering*) anges bland annat följande. Försvarsmakten kommer att anta det anbud, per produkt/produktgrupp, som är mest ekonomiskt fördelaktigt, det vill säga det med högst poängställning, enligt resultaten av viktade utvärderingskriterier, enligt vilka priset viktas med 70 procent och bör-krav viktas med 30 procent.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslut daterat den 3 februari 2012 framgår bland annat följande. Sista anbudsdag var 15 december 2011. Vad gäller produktkategorin Skärmklient inkom två stycken anbud inom anbudstiden. Anbudsgivare var Fibersystem AB och Comex AB. Båda anbudsgivarna har uppfyllt skallkraven ifråga om produktkategorin. Vidare har båda anbudsgivarna uppfyllt 34 av 39 bör-krav. Lägst pris har offererats av Fibersystem AB, som därmed har lämnat det mest fördelaktiga priset.

Övrigt

I granskningsintyg utfärdat av godkänd revisor Stefan Dubois den 31 augusti 2010 anges bland annat följande. Fibersystem har till slutkund levererat 1 767 stycken RÖS-klassade tangentbord under perioden den 7 januari 2004 till och med den 31 augusti 2010.)

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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör 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. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

vidare att sökanden kan visa att han eller hon lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Stöd i gällande ramavtal

Bolaget har anfört att upphandlingen skett utan stöd av något gällande ramavtal och därför ska göras om. Försvarmakten har angett att avropsförfrågan och anbudsgivarnas svar på denna har inkommit inom ramavtalets giltighetstid samt att sista leveransdag har angivits till den 31 augusti 2012, vilket enligt Försvarmakten får anses ligga inom skäligen tid från det att ramavtalet upphört.

I målet är ostridigt att det ramavtal som ligger till grund för aktuellt avrop varit giltigt till och med den 31 december 2011. Vidare framgår av utredningen att avropsförfrågan utgått och anbudsgivarnas svar inkommit före den 31 december 2012, men att tilldelningsbeslut fattats först den 3 februari 2012. Såvitt framgår saknas det i ramavtalet en tidsgräns för när förnyad konkurrensutsättning enligt ramavtalet senast får ske. Enligt förvaltningsrättens mening måste det för att en förnyad konkurrensutsättning ska anses ha gjorts inom ramen för underliggande ramavtal, och därmed vara förenlig med LOU, vara tillräckligt att den såsom här är fallet har inletts inom ramavtalets giltighetstid. Detta under förutsättning att fullföljande av avropsavtalet sker inom skäligen tid från ramavtalets upphörande. I förevarande fall har angivits att avropsavtalet ska vara fullföljt senast den 31 augusti 2012, vilket förvaltningsrätten anser är inom skäligen tid från den 31 december 2012. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att den omständigheten att bakomliggande ramavtal löpt ut vid tidpunkten för det aktuella tilldelningsbeslutet inte innebär grund för ingripande enligt LOU.

Upphandling utanför ramavtalet

Bolaget har anfört att Försvarmakten förvärvat 1 700 stycken skärmklienter utan upphandling i enlighet med ramavtalets regler samt att Comex därmed har uteslutits från möjligheten att delta i upphandling.

Förvaltningsrätten finner inte att Comex vare sig genom ingivet revisorsintyg eller på annat sätt i målet kan anses ha visat att Försvarmakten i strid mot LOU har förvärvat skärmklienter utan föregående upphandling. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund har därmed inte framkommit.

Möjlighet att leverera äldre enheter

Bolaget har vidare anfört att den möjlighet som ges i förfrågningsunderlaget till leverans av 14 äldre skärmklienter framstår som ett villkor anpassat till Fibersystems förutsättningar samt att Fibersystem därmed åtnjutit en särskild fördel. Försvarmakten har invänt att syftet med skrivningen inte varit att ge Fibersystem någon fördel och att Fibersystem inte heller offrerat några skärmklienter enligt äldre kravspecifikation.

Efter vad som framkommit i målet skulle en leverantörs eventuella möjlighet att leverera skärmklienter enligt äldre kravspecifikation inte ge någon särskild fördel vid utvärderingen av anbuden. Enbart den omständigheten att en sådan möjlighet ges i förfrågningsunderlaget och att Fibersystem tidigare levererat skärmklienter enligt äldre kravspecifikation medför enligt förvaltningsrättens mening inte att Försvarmakten kan anses ha agerat i strid mot likabehandlingsprincipen eller någon annan princip som bär upp LOU. Skäl för ingripande föreligger med hänsyn härtill inte heller på denna grund.

Bristande öppenhet

Comex har anfört att Försvarsmakten i upphandlingen har brustit i öppenhet ifråga om upplysningar kring vilket pris Fibersystem har angett i sitt anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att Försvarsmakten har avslagit Comex begäran att få ut efterfrågade upplysningar om Fibersystems anbudspris. Försvarsmakten har emellertid efter editionsföreläggande inkommit till förvaltningsrätten med utdrag ur det till upphandlingen hörande utvärderingsprotokollet med avseende på anbudspriser. Inkomna uppgifter utvisar enligt förvaltningsrättens mening inte att Försvarsmakten vid utvärderingen skulle ha frångått förfrågningsunderlaget. Det har därmed inte heller framkommit skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Vinnande anbudsgivares uppfyllelse av skall-krav

Comex har anfört att Fibersystem inte uppfyllt skall-kravet vad gäller behörighet enligt kravstandard SS1. Försvarsmakten har invänt att nämnda skall-krav berör ett annat produktområde samt att för upphandling av nu aktuellt material krävdes endast att leverantören uppfyllde kravstandarden U1.

Av utredningen framgår inte att Fibersystem brustit i uppfyllelse av de skall-krav som uppställts i fråga om i målet aktuell del av upphandlingen. Comex har således inte visat att Fibersystem inte uppfyllt samtliga skall-krav. Vad Comex anfört i denna del medför därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Krav på DVI-kort

Bolaget har också anfört att Försvarsmakten genom uppställt krav på DVI-kort av viss standard har brutit mot likabehandlingsprincipen, då det specifika DVI-kortet utvecklats av Fibersystem tillsammans med ett annat företag. Försvarsmakten har i genmäle angett att föreskrivet DVI-kort är stan-

dardiserat efter dialog med leverantörerna, att standarden för DVI-kort är nödvändig för Försvarmaktens behov, att både Comex och Fibersystem tidigare har levererat kort enligt standard samt att DVI-kortet utgör en relativt liten del av skärnklienten och att det inte haft någon avgörande betydelse för valet av leverantör.

I målet har inte framkommit att det förelegat hinder för annan leverantör än Fibersystem att leverera det specifika DVI-kortet. Försvarmakten har härvid dessutom angett att DVI-kortet standardiserats efter dialog med leverantörerna. Att Fibersystem tidigare har deltagit i utvecklandet av DVI-kortet utgör i sig inte skäl för att anse att Försvarmakten genom uppställt krav på DVI-kort av viss standard har brutit mot likabehandlingsprincipen eller mot LOU i övrigt. Skäl för ingripande enligt lagen föreligger därmed inte heller på denna grund.

Sammanfattningsvis är det förvaltningsrättens bedömning att vad Comex åberopat inte visar att det finns grund för ingripande med stöd av LOU. Bolagets ansökan ska således avslås.

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



Maria Ek Oldsjö

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU