



SÖKANDE

Trollhättans Kontorsmaskiner AB, 556478-1150

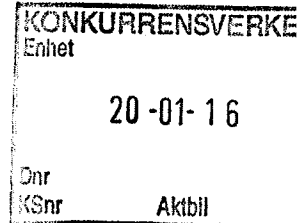
MOTPART

Borås Stad, Upphandlingsenheten

Ombud: Jurist Rasmus Lundqvist
Borås Stad

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Borås stad (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som benämns "Multifunktionsskrivare" (ref: 2019-00043IN). Fyra leverantörer har lämnat anbud varav två av anbuden har gått vidare till utvärdering. Vid anbudsprövningens utvärderingsdel antogs anbudet från Atea Sverige AB som det kvalificerade anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt med pris som enda utvärderingsgrund. Trollhättans Kontorsmaskiner AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska beaktas i utvärderingen samt rangordnas som etta. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Dok.Id 312540

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	-	måndag–fredag 08:00–16:00

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Utvärdering av referenser

Bolagets anbud har förkastats på felaktiga grunder och utvärderingskriterierna har lämnat stort utrymme för skönmässig bedömning.

Av upphandlingsdokumenten framgår vilka frågor som ska ställas till angivna referenser. Av utvärderingsprotokollen framgår sedan att kommunen ställt kompletterande frågor till referenserna som inte är med i upphandlingsunderlaget. Baserat på dessa frågor har kommunen sedan valt att inte kvalificera bolaget för vidare utvärdering. Hade kommunen tydligt angett att frågor om inköpsvolym och omfattning skulle ställas till referenserna hade bolaget haft möjlighet att välja någon av sina andra referenser inom offentlig verksamhet. Då det inte framgått att dessa frågor skulle ställas och utvärderas har bolaget inte getts möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Kraven att referenserna ska vara liknande/jämförbara i omfattning och storlek är godtyckliga bedömningspunkter som ger kommunen ett utrymme för skönmässig bedömning. Det framgår inte i upphandlingsdokumenten vad kommunen menar med jämförbara uppdrag. Vidare beskrivs inte heller storleken på kommunen i form av antalet invånare och vilka verksamheter som finns. Att inte definiera vad som anses vara jämförbar storlek och omfattning medför att kravet inte är tydligt eller transparent. Detta stöds av att en annan anbudsgivare tolkat underlaget på samma sätt som bolaget och diskvalificerats på samma grunder.

Bolaget uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen. Bolaget har lång erfarenhet av att leverera produkter och tjänster till den publika sektorn och

har teknikkompetens. Rutinerna, processerna och tillvägagångssätten är desamma oavsett storleken på leveransen, varför angivna referensuppdrag är jämförbara i omfattning samt gällande organisation och verksamhet med liknande produkter, service, tillval och tjänster. Bolaget har valt referensuppdrag i närliggande geografiska områden, för att de referensuppdragen använder bolagets egna Canon ackrediterade servicekår. Samtliga referenser har svarat ja på frågan ”rekommenderar referensen leverantören utifrån ställda frågor och ovan ställda minimikrav.” Detta förtydligar bolagets tekniska kompetens och erfarenheter från liknande verksamheter.

Vinnande leverantörs anbud

Vinnande leverantör uppfyller inte ställt krav att offererad hårdvara ska fungera med SafeCom från Nuance (numera Kofax). Kommunen har valt att behålla Ateas sekretess gällande valda multifunktionsmodeller. Via uteslutningsmetoden går det dock att komma fram till produkter som Atea har offererat av fabrikatet Kyocera. Via tillverkaren Kofax kompatibilitetsöskfunktion framgår att endast en av sju MFP uppfyller uppställda krav gällande att offererad hårdvara ska fungera fullt ut med SafeCom. Kommunen har inte förklarat hur processen har gått till när den kontrollerat vinnande leverantörs anbud. Kommunen har visat ett intyg från hårdvarutillverkaren Kyocera vari framgår att Kyocera genomfört Kofax egna certifieringsprogram för Safecom på Kyoceras nya modeller utan anmärkningar. Kyocera har i intyget inte verifierat att bolaget är färdigcertifierat och har godkänd kompatibilitet med Safecom. Bolagets offererade varumärke genomgår regelbundet Kofax certifieringsprogram. När en produkt är färdigcertifierad och godkänd av Kofax publiceras detta på Kofax officiella hemsida kort därefter. Ateas offererade hårdvara finns fortfarande inte efter fem månader på Kofax officiella hemsida. Detta visar att produkterna inte varit färdigcertifierade och godkända vid anbudsinlämningen. Inte heller i september finns offererade produkter listade som certifierade och kompatibla med Safecom på Kofax officiella hemsida. Ateas anbud uppfyller inte obligatoriska krav gällande full

kompabilitet med Safecom vid anbudstillfället. Anbudet ska förkastas.

Kommunen

Utvärdering av referenser

Av punkt 3.3.3 framgår tydligt att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare jämförbara uppdrag till organisation med liknande verksamhet, omfattning och storlek som Kommunen. Detta har verifierats genom att kontrollera omfattningen och storleken på de referenser som angetts i anbudet. Det framgår vidare av punkten att referenserna ska uppfylla ovanställda krav, vilket inkluderar kravet gällande anbudsgivares tidigare jämförbara uppdrag. Kommunen kan utifrån granskningen av referenserna konstatera att ingen av bolagets angivna referenser uppfyller kraven. Varken omfattningen eller storleken av referenternas verksamhet kan anses jämförbar med kommunens. Kravet gällande referenser och tidigare uppdrag är transparent, likabehandlande, proportionerligt och en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör förstå vad som åsyftas. Kommunen har således haft giltig anledning att förkasta anbudet från bolaget.

Vinnande leverantörs anbud

Kommunen anser att anbudet från Atea uppfyller samtliga krav och har även kontrollerat detta under anbudsutvärderingen. Kommunen har även gjort ytterligare en kontroll gällande kravet angående att offererade maskiner ska fungera med SafeCom och utifrån denna kontroll erhållit ett intyg om att de maskiner som Atea offererat fungerar med SafeCom.

Skadebedömning

Med anledning av att anbudet från bolaget inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen kan de inte anses ha lidit någon skada oaktat huruvida det finns brister i en annan anbudsgivares anbud eller inte.

Atea har lämnat ett lägre anbudspris än bolaget. Även om bolaget skulle ha kvalificerat sig till utvärdering skulle således Atea ha vunnit upphandlingen. Bolaget har därmed inte lidit skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att en leverantör 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.

Upphandlingsdokumenten i urval

Av punkt 1.3 *Objekt och omfattning* framgår att upphandlingen omfattar köp av fabriksnya MFD, service, tillval och övriga tjänster. Vidare framgår att inköpsvolymen för nuvarande upphandling är ca 150 st. fabriksnya MFP per år. Uppskattat värde på upphandlingen är ca 3 miljoner per år.

Av punkt 3.3.3 "Kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter" framgår att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare jämförbara uppdrag till organisation med liknande verksamhet, omfattning och storlek som beställaren, med offererade produkter, tjänster och eventuella IT-system.

Uppföljningsfrågor och kravnivå som kommer att ställas till referenserna är:

- 1a. Hur har anbudsgivaren skött leveranserna under avtalsperioden? Rätt

utrustning i rätt tid. Fråga

1b. Referenten ska anse att det sköts OK på årsbasis. Krav

2a. Sker återkoppling efter order med leveransbesked? Fråga

2b. Kravet är att referenten intygar att så sker och att det görs inom 5 arbetsdagar efter order.

3a. Vilka leveranstider har anbudsgivaren haft under avtalsperioden? Fråga

3b. Referenten ska intyga att leverans sker med maximalt 10 arbetsdagar i normala förhållanden. Krav.

4a. Vilka inställetider har anbudsgivaren haft under avtalsperioden? Fråga

4b. Vid stillastående för enstaka maskin ska anbudsgivaren kunna påbörja felsökning inom 4 timmar. Krav.

Referenserna ska kunna rekommendera anbudsgivaren utefter ovanställda frågor och uppfylla ovan nämnda minimikrav. Anbudsgivaren ska lämna referenser från minst två tidigare uppdrag. Angivna referenter ska vara viktade och ska kunna besvara frågor angående likvärdiga uppdrag som upphandlingen omfattar. Referenterna kommer att kontaktas under vecka 25, 26 eller vecka 34 för att styrka anbudsgivarens tidigare erfarenhet.

Förvaltningsrättens bedömning

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

Utvärdering av referenser

Av upphandlingsdokumenten framgår inte uttryckligen någon definition över av vad kriterierna ”jämförbara uppdrag” och ”likvärdig omfattning och storlek” innebär. I punkt 1.3 upphandlingsföreskrifterna framgår dock vad upphandlingen omfattar, vilken inköpsvolym som avses samt uppskattat värde på upphandlingen. Denna information är, enligt förvaltningsrättens

bedömning, tillräcklig för att en rimligt informerad och normalt aktsam anbudsgivare ska ha haft möjlighet att förutse vad som avses med jämförbart uppdrag. Uppgifter om Borås kommuns omfattning och storlek framgår visserligen inte av underlaget. Detta är emellertid lättillgängliga uppgifter som en anbudsgivare kan läsa sig till genom allmänt tillgänglig information. Av aktuellt underlag framgår därmed med tillräcklig tydlighet vilka kriterier kommunen har att utgå ifrån för att ge en likabehandlande och enhetlig bedömning. Upphandlingsdokumenten är således rimligt transparenta och likabehandlande. Enligt förvaltningsrättens mening måste det vidare finnas utrymme för kommunen att kontrollera om det uppställda kravet är uppfyllt genom att ställa kompletterande frågor till åberopade referenser för att säkerställa att kraven är uppfyllda. Skäl för ingripande saknas därför i denna del.

Bolaget har anfört att de uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen och att de därför ska gå vidare till utvärdering men har inte närmare utvecklat sin argumentation i detta hänseende. Förvaltningsrätten konstaterar att det ankommer på bolaget att visa att de krav som uppställts i upphandlingen är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser inte att det som bolaget anfört och åberopat i målet visar att bolaget uppfyller aktuellt krav. Det är således inte visat att kommunen, genom att utesluta bolagets anbud ur upphandlingen, brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Mot bakgrund av att annat inte framkommit än att bolaget rätteligen har uteslutits från upphandlingen saknas skäl att pröva vad bolaget anfört om övriga brister i den vinnande leverantörens anbud, då bolaget inte har lidit eller skulle kunna komma att lida skada även om brister förelegat.

Med hänsyn till ovanstående ska bolagets ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Sofia Blomkvist

Rådmanen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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 nyårs-afton, 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.