



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26613-10
Enhet 13

Sida 1 (17)

SÖKANDE

DAV Partner AB, 556609-4842

Ombud

Advokat Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

MOTPART

Verket för högskoleservice
Box 24070
104 50 Stockholm

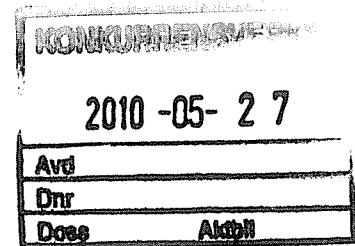
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 mars 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 24935

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

Verket för Högskoleservice (VHS) har genomfört en öppen upphandling avseende ramavtal för audio-, foto- och visuella produkter (AV-produkter), videokonferensutrustning samt kringliggande tjänster, på uppdrag av Statlig inköpssamordning för statliga myndigheter och verk och vissa ytterligare organisationer, projektnummer VHS 8-0064-44151. Av tilldelningsbeslut avsända den 15 mars 2010 framgår att VHS har beslutat att anta anbud från andra anbudsgivare än DAV Partner AB (DAV).

I förvaltningsrättens dom den 12 mars 2010 i mål nr 17348-10 konstaterades att bl.a. DAV skulle uteslutas från anbudsutvärderingen eftersom bolaget inte uppfyllde samtliga skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. I VHS tilldelningsbeslut den 15 mars 2010 har VHS vidtagit rättelse genom att förkasta bl.a. DAV:s anbud.

Förvaltningsrätten har den 25 mars 2010 i mål nr 26446-10, 26479-10, 26537-10 och 26539-10 beslutat interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

YRKANDEN, GRUNDER M.M.

DAV ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på sådant sätt att DAV:s anbud tas med i utvärderingen samt att anbuden från Loudnbright Systemintegration AB (Loudnbright), AV Syd AB (AV Syd), STV Svenska Tele & Video Konsult AB (STV) och Informationsteknik Scandinavia AB inte ska utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

VHS har brutit mot 1 kap 9 § LOU genom att inte beakta principerna om likabehandling och transparens eftersom VHS felaktigt uteslutit DAV från upphandlingens utvärdering den 15 mars 2010 samt felaktigt tilldelat Loudnbright, AV Syd, STV och Informationsteknik ramavtalet i upphandlingen trots att deras anbud inte uppfyllt samtliga ställda skall-krav. DAV har därför gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtalet. De nämnda anbudsgivarnas anbud ska uteslutas från utvärdering eller ska upphandlingen göras om. Vid en kontroll av de angivna anbudsgivarnas anbud framgår att de har avvikit från ett eller flera skall-krav. VHS har godtagit anbuden trots att avvikelserna från skall-kraven är tydliga. VHS olika behandling av anbudsgivarna i detta avseende har utgjort ett brott mot LOU. DAV har lidit skada genom upphandlingsprocessens kränkning av EU:s bärande principer och VHS brott mot principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet. DAV har därför hindrats att lämna ett nytt anbud som medfört att DAV kunnat utses till leverantör. Upphandlingen har genomförts i strid med transparensprincipen som innebär att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av det kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Tolv av 18 anbud har redan diskvalificerats i upphandlingen. Därtill skulle ytterligare fyra anbudsgivare ha diskvalificerats om förvaltningsrätten skulle pröva anbudens överensstämmelse med förfrågningsunderlagets skall-krav. Det måste innebära att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att det strider mot transparensprincipen. Upphandlingen ska därför göras om.

VHS och förvaltningsrätten hade inte korrekt och tillräcklig information under processen i mål nr 17348-10, vilket har lett till att rätten gett felaktiga anvisningar i sin dom. DAV fick varken möjlighet att yttra sig i processen eller tillfälle att lämna förklaringar gällande de felaktiga påståendena från Solutors AB (Solutors) avseende DAV:s leveransförmåga av en viss produkttyp. Solutors påstod att produkttypen Vivitek D956 inte

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

Allmänna avdelningen

fanns på marknaden. Solutors påstod även att bolaget sedan VHS ursprungliga tilldelningsbeslut den 4 november 2009 förgäves hade försökt undersöka vilken produkt som avses med produktbeteckningen. I förvaltningsrättens dom anges att VHS hade fått information om att Vivitek D956 blivit försenad och att den inte skulle kunna levereras som beräknat. VHS anförde dock att förhållandet var en avtalsrättslig fråga. Solutors anförde att VHS uppgifter innebar att det var visat att Vivitek D956 inte fanns tillgänglig på marknaden och inte kunde levereras. Förvaltningsrätten konstaterade att det var ostridigt att produkten Vivitek D956 inte fanns på marknaden. Eftersom förvaltningsrätten ansåg att det var en fråga för utvärderingen, även om uppgifter framkommit efter tilldelningsbeslutet men innan kontraktsskrivande, ansågs anbudet inte uppfylla skall-kraven. Bedömningen om DAV:s anbud ska anses ha uppfyllt skall-kraven ska göras utifrån de föreskrivna skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Enligt punkten 3.7.1 i förfrågningsunderlaget uttrycker skall-kravet att anbudsgivaren ska offerera bruttopriser för sina produkter ur sitt ordinarie sortiment motsvarande de typprodukttyper och tjänster som efterfrågas i prisformuläret. Det anges att ordinarie sortiment avser produkter som är stadigvarande och allmänt tillgängliga i anbudsgivarens sortiment. Tillfälliga partier och andra produkter som inte är frekvent tillgängliga och som är särskilt framtagna och avgränsade från den öppna marknaden är exkluderade. Den kontroll som VHS har genomfört och som påvisat bristande tillgänglighet är enbart gjord mot Internet och mot den svenska distributören och inte mot anbudsgivaren och dennes sortiment, vilket är angivet i förfrågningsunderlaget. Vivitek D956 introducerades av tillverkaren, Vivitek Corp. (Vivitek), på marknaden vid månadsskiftet augusti, september 2009 med beräknad leveranstidpunkt i oktober 2009 till den svenska distributören. Vid tidpunkten för anbudstidens utgång fanns produkten i DAV:s ordinarie sortiment och produkten och dess pris var allmänt tillgänglig på hemsidan och var således tillgänglig på den öppna marknaden. Den officiella leveranstidpunkten gentemot den svenska

marknaden försenades dock något. Den svenska distributören AB Wiktors AV-Line (Wiktors) svarade därför på VHS fråga, eftersom VHS är utomstående, att produkten inte kunde levereras som beräknat. DAV hade dock fått giltiga garantier från tillverkaren Vivitek och distributören Wiktors att leverans kunde ske i anslutning till anbudstidens utgång vid månadsskiftet oktober, november. Det är en självklarhet att intygen från Wiktors och Vivitek måste dateras vid tidpunkten när de utfärdades. VHS valde under processen med anledning av Solutors AB:s begäran om överprövning att inte kontakta DAV, utan kontaktade Wiktors. Om VHS hade ställt frågor vid den tidpunkten hade DAV kunnat lämna mer precisa besked och inhämta erforderliga intyg redan då. Genom den felaktigt riktade kontrollfrågan mot en distributör fick VHS inte ett rättvisande svar om DAV:s kapacitet att leverera och uppfylla kravet på tillgänglighet. Frågan skulle ha ställts direkt till DAV eftersom det rör DAV:s förmåga att uppfylla gällande skall-krav. VHS har valt att tolka och dra felaktiga slutsatser från enstaka meningar i de intyg som DAV åberopat. Vivitek har beskrivit de generella förutsättningarna för leverans som gäller för produkten. Produkten var generellt försenad på så sätt att produkten producerades men inte i sådana kvantiteter att de räckte till hela marknaden. Den portionerades därför ut till olika marknader. Den svenska marknaden var en av marknaderna som inte fick full leverans. Eftersom den svenska marknaden är så pass viktig skulle leveranser dock styras dit vid behov. Vivitek har i sitt intyg angett att Vivitek sedan hösten 2009 haft kapacitet att leverera produkten till den svenska marknaden. DAV har även särskilda försäkringar för att produkten alltsedan hösten 2009 varit tillgänglig och är tillgänglig för leveranser i rätt tid under ett eventuellt avtal med VHS. Försäkringarna var och är inte begränsade av leverans under ramavtal med VHS utan omfattar och omfattade alla DAV:s kunder. Wiktors har intygat att det inte förekommit några som helst tveksamheter för leverans av projektortypen och har refererat till brev från Vivitek daterat den 19 mars 2010. Vivitek har i sitt brev intygat att DAV är försäkrad tillgång till

projektortypen och därigenom kan uppfylla bolagets förpliktelser gentemot VHS. DAV har således kunnat få leverans direkt från Vivitek. Annars skulle Vivitek ha ombesörjt leverans via någon kanal i ett annat land dit leveranser hade skett. Skall-kravet om produktens tillgänglighet i DAV:s ordinarie sortiment har därmed varit uppfyllt. Slutsatserna i förvaltningsrättens dom är således felaktiga eftersom rätten inte har haft möjlighet att ta ställning till det fullständiga faktamaterial som ska ligga till grund för ett beslut om DAV:s anbud uppfyller skall-kraven eller inte. Således har Vivitek D956 varit allmänt tillgänglig för leverans från DAV vid tidpunkten för anbudstidens utgång och utvärderingen och därmed uppfyllt förfrågningsunderlagets skall-krav. Förvaltningsrätten ska därför förordna om rättelse på så sätt att DAV:s anbud tas med i en ny utvärdering.

Antagna anbudsgivares anbuds uppfyllelse av skall-kraven

Om förvaltningsrätten skulle finna att DAV:s typprodukt för data- och videoprojektor inte uppfyller skall-kravet om tillgänglighet och därmed rättelse av VHS tilldelningsbeslut inte ska ske i denna del, ska förvaltningsrätten ändå pröva om de fyra antagna anbudsgivarnas anbud uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten ska enligt 1 kap 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär bl.a. att en upphandlande myndighet inte får frångå de ställda kraven genom att anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. VHS har i praktiken granskat olika anbudsgivare olika hårt. Likabehandlingsprincipen måste innebära att anbudsgivare som före eller efter överprövning förkastats i samband med kvalificering måste äga rätt att föra talan för att få en eller flera av återstående anbudsgivare diskvalificerade. Det gäller i synnerhet vid upphandling av ramavtal där flera anbudsgivares anbud antas och då den upphandlande enheten inte har lyckats uppfylla det antal anbud som förutsattes i upphandlingens inledande skede. VHS felaktiga anbuds-

prövning har skett redan i samband med den ursprungliga utvärderingen. De flesta brister vad gäller skall-krav i Loudnbrights, AV Syds, STV:s och Informationstekniks respektive anbud har kunnat konstateras redan vid en jämförelse mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Ingen ytterligare kontroll var nödvändig för att konstatera icke-uppfyllande av skall-krav för följande produkter;

- Loudnbrights typprodukt 4.1.4 (för typprodukterna 4.1.1, 4.1.3 och 4.1.6 har sådan information krävt kontroll eller framkommit senare)
- AV Syds typprodukt 4.1.11
- STV:s typprodukt 4.1.10
- Informationsteknik Scandinavia AB:s typprodukt 4.1.4

Därmed har DAV och övriga anbudsgivare behandlats på ett diskriminerande sätt genom att de ovan angivna anbudsgivarnas anbud har godkänts, trots att anbuden skulle ha förkastats, samt att anbudsgivarna har tilldelats kontrakt.

Leverantörer som har antagits i det nya tilldelningsbeslutet

Anbuden från Loudnbright, STV, AV Syd och Informationsteknik har antagits i strid med de skall-krav som gällt för upphandlingen. Bolagens anbud ska därför uteslutas från upphandlingen.

Loudnbright

a) Typprodukt 4.1.1, ”Digital Stillbildskamera”

Enligt skall-kravet för typprodukten 4.1.1 ska kameran ha en instruktionsbok på svenska. Loudnbright har offererat produkten Fuji Finepix J250.

Enligt uppgift från produktansvarig på Fujifilm Sverige AB har kameran inte sålts i Sverige tidigare och instruktionsbok på svenska saknas. Produkten uppfyller således inte skall-kravet.

b) Typprodukt 4.1.3, "Digital videokamera - 3 CCD"

Det framgår av avsnittet 3.7.1 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska offerera produkter som anbudsgivaren tillhandahåller inom ramen för sitt ordinarie sortiment, dvs. som är stadigvarande och allmänt tillgängliga. Loudnbright har offererat produkten Panasonic HDC-SD100 som inte uppfyller skall-kravet på tillgänglighet eftersom produkten har utgått.

c) Typprodukt 4.1.4, "DVD/HD-inspelare"

Det framgår av avsnittet 4.1.4 att VHS ställt som skall-krav att HD-inspelaren bl.a. ska ha tre anslutningar för HDMI 1.3, komponent och full scart. Loudnbright har offererat produkten Dilog DT-655HD DVR som saknar komponentanslutning. Utgången "komponent ut" saknas vilket även bekräftats av tillverkaren Dilog Nordic AB i ett e-postmeddelande. Adapter har aldrig godkänts till typprodukten 4.1.4 eller av VHS i senare förtydligande under anbudstiden. Det framgår inte heller av vare sig Loudnbrights bilaga 6 eller av bolagets prisformulär att adapter ingår i anbudet. Det är uppenbarligen en efterkonstruktion att adaptern senare finns med. Scart-utgången blockeras dessutom med en adapter som gör om signalen till komponent. Konsekvensen blir att produkten i stället saknar scart-utgången eftersom den är upptagen av adaptern. Loudnbrights offererade produkt har således inte uppfyllt skall-kravet eftersom produkten skulle ha anslutningen "komponent" samtidigt som produkten har full scart och HDMI 1.3.

d) Typprodukt 4.1.6, "TV-apparat minst 55" LCD eller LEC"

Loudnbright har offererat en produkt med beteckning LG55LH5000 avseende typprodukten 4.1.6. Kavena som är distributör för LG i Sverige har i ett e-postmeddelande gett besked om att produkten för närvarande är "låst". Elgiganten har i ett e-postmeddelande angett att produkten var beräknad för leverans i Stockholm ungefär den 8–9 december 2009. Den offererade produkten är således inte tillgänglig i Sverige i dagsläget. Skallkravet för tillgänglighet är inte uppfyllt eftersom produkten är en specialmodell för Elgiganten.

AV Syd

a) Typprodukt 4.1.11, "Aktiva högtalare"

Det framgår av avsnitt 4.1.11 att VHS har ställt som skall-krav att aktiva högtalare ska ha RCA-stereo, dvs. RCA-anlutningar. AV Syd har offererat produkten Yamaha MSR 100 som inte har RCA-anlutningar utan endast telepropp/XLR med hänvisning till adapter. Adapter är inte godkänd enligt förfrågningsunderlaget och inte heller genom frågor och svar. Produkten uppfyller inte skall-kraven avseende ROA-anlutning. AV Syds anbud skulle alltså rätteligen ha förkastats och inte utvärderats.

STV

a) Typprodukt 4.1.10, "Mediaspelare"

Det framgår av punkt 4.1.10 i förfrågningsunderlaget att VHS har ställt som skall-krav att mediaspelaren bl.a. ska ha dataanslutning med LAN 100/1 000 Mbps. Den mediaspelare som STV har offererat med produktbeteckning Fantec 1 500 MIM-FHDL 500 G har dataanslutning LAN 10/100 Mbps. LAN-anlutningen är en del av produktens hårdvara och är således inte möjlig att förändra, uppgradera eller liknande. Det framgår också i spelarens specifikation att den inte har stöd för hastighet

1 000 Mbit LAN samt att det inte går att ansluta denna USB-Ethernet-adapter. VHS har under anbudstiden inte godkänt adapter till mediaspelaren och det har inte heller förekommit någon fråga kring detta. Det framgår inte av STV:s anbud att en adapter följer med och det är därför otillåten kompletterande information som har getts i efterhand. Den adapter som STV ska leverera kan överhuvudtaget inte kopplas till mediaspelaren. Spelarens USB-port är avsedd för USB-minnen och externa hårddiskar med mediainhåll som spelas upp via porten. Adaptern USB-0201 är en produkt som är avsedd för att anslutas direkt till en PC med USB-port med ett Windows-baserat operativsystem och inget annat. I specifikationen för mediaspelaren kan man utläsa "Operativsystem Windows 2 000/XP/Vista/7/Mac OS/Linux." som dock inte finns i den offererade mediaspelaren Fantec MM-FHDL 1 500. Det anges endast att spelaren *kan* anslutas till datorer med de operativsystemen. Den av STV angivna adaptern är alltså en produkt som är avsedd att skapa en nätverksanslutning på PC-datorer via en USB-port och inget annat. Det är uppenbart att spelaren endast klarar hastigheten 10/100 och därmed inte uppfyller skall-kraven, vilket verifierats av tillverkaren Fantec GmbH. STV:s produkt Fantec 1 500 MM-FHDL 500G uppfyller således inte skall-kraven avseende LAN-anslutning. VHS har vid verifiering av skall-kraven accepterat en adapter som VHS själva aldrig godkänt under anbudstiden. Adaptern är dessutom inte kompatibel med typprodukten vilket stödjer resonemanget att det är en efterkonstruktion. STV:s anbud skulle alltså rätteligen ha förkastats och inte utvärderats.

Informationsteknik Scandinavia AB

a) Typprodukt 4.1.4 "DVD/HD-inspelare"

Av skall-kraven i punkten 4.1.4 för typprodukten HD-inspelare framgår bl.a. att produkten ska ha en inbyggd mottagare som är godkänd för Boxer samt HD DVB-T MPEG2/MPEG4. Informationsteknik har i sitt anbud

offererat Panasonic DMR-EX78 som enligt tillverkaren Panasonic Nordic AB inte är Boxer-godkänd och dessutom inte har stöd för MPEG4. Boxer är det företag som certifierar/godkänner digitala mottagare och skall-kravet kan enkelt kontrolleras mot Boxers hemsida. Det framgår av Boxers lista på godkända boxar med inspelning att det endast finns ett fåtal digitala mottagare med inspelning på hårddisk och stöd för HD DVB-T/MPEG4. Informationstekniks anbud skulle således rätteligen ha förkastats och inte utvärderats.

VHS har även gjort fel genom att i det nya tilldelningsbeslut den 15 mars 2010 inte ha beaktat tillgängliga fakta och inte heller den information som framkommit i vart fall i några av de mål som gällde överprövning av tilldelningsbeslutet den 13 november 2009. Atea Sverige AB (Atea) sökte överprövning i förvaltningsrättens mål nr 17293-10 och yrkade i första hand att rättelse skulle ske på så sätt att Ateas anbud inte förkastades vid prövningen av anbuden och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Atea anförde bl.a. att VHS inte hade behandlat Atea lika med andra leverantörer eftersom samtliga anbudsgivare inte uppfyllt skall-kraven som uppställts av VHS i förfrågningsunderlaget. DAV delar inte Ateas bedömning i alla delar men kan konstatera att Atea anförde liknande invändningar som DAV anför i målet avseende Loudnbrights typprodukt 4.1.1, 4.1.4 och 4.1.6, STV:s typprodukt 4.1.10 samt Informationstekniks typprodukt 4.1.4. AudicomPendax AB (AudicomPendax) har i förvaltningsrättens mål nr 17303-10 haft motsvarande invändning mot Loudnbrights typprodukt 4.1.4. AV-Huset Ljud & Bildteknik stockholm AB har i förvaltningsrättens mål nr 17280-10 haft motsvarande invändning mot STV:s typprodukt 4.1.10 i likhet med AudicomPendax.

Anbudsgivarna Loudnbright, AV-Syd och STV har i anbuden löst tekniska krav på typprodukterna 4.1.4, 4.1.10 och 4.1.11 genom adapterlösningar.

VHS har inte i förfrågningsunderlaget eller som svar på fråga under anbudstiden accepterat adapter för att uppfylla skall-kraven på de berörda typprodukterna. VHS har i yttrande till förvaltningsrätten i mål nr 23898-09 under avsnitten typprodukt 4 och 10 accepterat att anbudsgivaren fått möjlighet att applicera en adapter för att kunna uppfylla de ställda skall-kraven. Förvaltningsrätten ansåg i domen i mål nr 17348-10 att krav på anslutningar för typprodukt 4.1.11, "Aktiv högtalare", utgjorde ett tekniskt krav som inte kunde anses uppfyllt genom en adapterlösning. ITM:s offererade produkt som krävde adapter kunde därmed inte anses uppfylla skall-kravet. DAV anser att motsvarande synsätt är tillämpligt på produkterna med adapterlösningar som offererats från AV-Syd, Loudnbright och STV. Anbuderna ska därför diskvalificeras enligt samma praxis som gällde för ITM:s offererade produkt med adapterlösning. VHS har således haft särskild information att beakta inför den nya utvärderingen som ägde rum den 15 mars 2010. VHS är vid detta tilldelningsbeslut inte bunden av de anvisningar om rättelse som ska ske, utan är skyldig att göra en korrekt utvärdering och tilldelning, varigenom alla anbud som inte uppfyller skall-kraven ska förkastas, även om anbudsgivaren tilldelats kontrakt tidigare.

Förvaltningsrätten har i domar den 13 mars 2010 efter ansökningar om omprövningar av, förutom Atea, AV-Huset och AudicomPendax, även av Videra OY (mål nr 17319-10) funnit att de anbudsgivare som enligt förvaltningsrätten med rätta har förkastats inte kan anses ha lidit eller komma att lida skada genom antagande av andra anbudsgivares anbud. Skaderekvisitet i 16 kap 2 § LOU bedömdes därmed inte vara uppfyllt. DAV delar inte förvaltningsrättens bedömning. Om en prövning av återstående anbudsgivares anbud inte skulle komma till stånd skulle DAV ha behandlats på ett diskriminerande sätt eftersom anbudsgivare som inte hade uppfyllt samtliga skall-krav antagits. I den aktuella upphandlingen har t.ex. Informationsteknik ursprungligen inte antagits som leverantör. VHS

antog tio anbudsgivares anbud, medan Informationsteknik hamnade på tolfte plats och bolagets anbud antogs därmed inte i tilldelningsbeslutet. Övriga anbudsgivare hade inte anledning att ifrågasätta och granska om Informationstekniks anbud uppfyllde kraven. När nu en sådan granskning görs kan konstateras att så inte var fallet.

Snedvriden konkurrens

VHS ska beakta att ett ramavtal i enlighet med artikel 32 i Rådets direktiv 2004/18/EG inte får snedvrida eller förhindra konkurrensen. Förutsättningarna för upphandlingen var att VHS avsåg att genomföra förnyad konkurrensutsättning under de kommande två till fyra åren bland tio leverantörer. Avsikten var förmodligen att säkerställa leveransförmåga och utveckling på området. Det krävs ett visst mått av konkurrens för att optimalt kunna utnyttja en flexibel marknad. Upphandlingsrätten är av konkurrensrättslig natur och en eliminering av konkurrensen genom att tilldela ett fåtal aktörer ramavtalet är inte förenligt med vare sig upphandlingsrätten eller de behov som den aktuella upphandlingen har försökt tillgodose. VHS ursprungliga utvärdering, de olika överprövningarna och det som DAV har anfört avseende fyra av de sex återstående anbudsgivarna visar att 16 av 18 anbudsgivare kan komma att diskvalificeras. Med två anbud istället för sex stycken kan detta i sin tur innebära att leveranskapaciteten under avtalsperioden inte kan komma att uppfyllas. Därför kan förnyad upphandling komma att ske inom kort. Att ett så litet antal anbudsgivares anbud kvarstår innebär att konkurrensen får anses vara satt ur spel i sådan omfattning att upphandlingen ska göras om. DAV skulle vid en förnyad upphandling ha goda möjligheter att tilldelas kontrakt. Det får därför redan nu anses föreligga en risk för att DAV kan komma att lida skada. Det finns därför skäl att dra slutsatsen att upphandlingsprocessen lider av så allvarliga brister att rättelse inte kan ske på ett sådant sätt att LOU, syftet med EU-direktiven och de bärande principerna inte träds för när. Upphandlingen bör således göras om.

VHS bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. VHS bestrider DAV:s samtliga yrkanden och yrkar att förvaltningsrätten avslår överprövningen och fattar beslut om att upphandlingen får avslutas i enlighet med tilldelningsbeslutet fattat den 15 mars 2010. VHS har rätteligen förkastat DAV:s anbud och bolaget varken har eller kan komma att lida skada genom antagandet av andra anbudsgivares anbud. Det saknas därför grund för ingripande enligt LOU. DAV:s anbud uppfyller inte de ställda skall-kraven oavsett vad DAV har anført om andra anbudsgivares anbud. Förvaltningsrätten konstaterade i sin dom i mål nr 17348-10 att DAV:s offererade data- och videoprojektor Vivitek D956 avseende typ-produkten 4.1.7 inte finns på marknaden och därmed inte ingick i DAV:s ordinarie sortiment. Produkten uppfyller därför inte heller kravet på stadigvarande och allmänt tillgänglig enligt VHS definition i punkten 3.7.1 i förfrågningsunderlaget. DAV har anført att förvaltningsrätten dömt felaktigt i mål nr 17348-10 med hänvisning till leveransgarantier som Wiktors och Vivitek ställt och som bilagts DAV:s yttrande. Båda bilagorna är daterade den 19 mars 2010 vilket klart visar att DAV inte har kunnat leverera produkten under tiden från anbudstillfället till tilldelningsbeslutet den 15 mars 2010. Vivitek har garanterat projektorns tillgänglighet gentemot VHS om ett avtal mellan DAV och VHS skulle komma till stånd. Utöver det faktum att garantin är daterad efter det senast meddelade tilldelningsbeslutet gäller garantin endast gentemot VHS vilket medför att produkten inte kan anses allmänt tillgänglig mot den öppna marknaden. Ett av skall-kraven i upphandlingen är att produkterna ska vara allmänt tillgängliga för den öppna marknaden. Med den öppna marknaden avses organisationer med hemvist för sin verksamhet i Sverige, dvs. den svenska marknaden. VHS ville således ha bekräftat av Wiktors om produkten fanns tillgänglig för leverans på den öppna, svenska marknaden. Wiktors bekräftade i e-postmeddelande att så inte var fallet. Det framgår av meddelandet samt ytterligare ett e-postmeddelande från Wiktors att anbudet inte heller uppfyllde skall-kravet avseende ordinarie sortiment.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget punkt 1.12, ”Prövning och utvärdering av anbud”, anges följande. I förfrågningsunderlaget finns ett antal krav formulerade. De krav som är uttryckta genom att ordet ”skall” används är s.k. skall-krav. Skall-krav är ovillkorliga krav som måste uppfyllas för att anbudet ska prövas och utvärderas. För det fall ett skall-krav inte är besvarat kommer anbudet att förkastas. Ett otydligt besvarat skall-krav kan endast förtydligas i de fall det är möjligt i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Det är därför viktigt att anbudsgivaren besvarar ställda frågor och krav i enlighet med vad som efterfrågas. Om anbudsgivaren finner att en fråga eller ett krav är otydligt, uppmanas anbudsgivaren att snarast ställa en fråga om kravet. I anslutning till ett skall-krav finns angivet hur kravet bevisas. Bevis presenteras på det sätt och vid den tidpunkt som anges i anslutning till kravet. Om inget annat anges bifogas beviset till anbudet i samband med inlämnandet.

Under punkt 1.12.1, ”Prövning av anbud”, anges att en förutsättning för att anbudsgivarens anbud ska kunna utvärderas är att samtliga skall-krav är uppfyllda.

Under punkt 3.7.1, ”Krav på produkter”, anges bl.a. följande. Anbudsgivaren skall offerera bruttopriser för sina produkter ur sitt ordinarie sortiment motsvarande de typprodukter och tjänster som efterfrågas i prisformuläret. Med *ordinarie sortiment* avses produkter som i anbudsgivarens sortiment är stadigvarande och allmänt tillgängliga. Detta exkluderar tillfälliga partier och andra icke frekvent tillgängliga produkter som är särskilt framtagna och avgränsade från den öppna marknaden. Med *öppna marknaden* avses organisationer med hemvist för sin verksamhet i Sverige.

Under avsnitt 4, ”Typprodukter”, anges bl.a. följande. Beskrivningar på produkterna i denna punkt utgör minimikrav på de typprodukter som ska redovisas i anbudsgivarens anbud. Dessa är till för denna ramavtalsupphandlings prisutvärdering. Kraven på produkter som avropas på avtalet fastställs vid varje avropstillfälle.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

9 kap. 8 § andra stycket LOU har följande lydelse. 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga om Vivitek D956 har varit allmänt tillgänglig

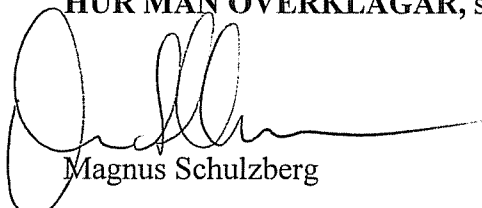
DAV har anfört att produkten Vivitek D956 varit allmänt tillgänglig för leverans från DAV vid tidpunkten för anbudstidens utgång och utvärderingen och att DAV därmed uppfyllde skall-kravet i förfrågningsunderlaget. DAV har hänvisat till leveransgarantier från tillverkaren Vivitek och den svenska distributören Wiktors. DAV har även anfört att VHS borde ha kontaktat DAV och inte Wiktors angående produktens tillgänglighet.

Förvaltningsrätten kan konstatera att VHS i egenskap av upphandlande myndighet har kunnat begära förtydliganden eller kompletteringar av anbud i enlighet med 9:8 LOU. Det finns dock inte någon sådan skyldighet enligt LOU eller förfrågningsunderlaget för den upphandlande myndigheten. Det framgår av e-postmeddelande den 24 november 2009 från Wiktors att produkten Vivitek D956 blivit kraftigt försenad och inte skulle kunna levereras förrän någon gång under det första kvartalet år 2010. VHS har tolkat Wiktors besked som att DAV inte uppfyllt skall-kravet i punkt 4.7.1 med hänvisning till att produkten inte funnits tillgänglig för leverans på den öppna, svenska marknaden.

Förvaltningsrätten har visserligen i sin dom i mål nr 17348-10 konstaterat att produkten Vivitek D956 inte fanns på marknaden och att DAV:s anbud därför inte kunde anses uppfylla alla skall-krav och därmed skulle förkastas. Det framgår dock av de intyg som getts in att tillverkaren och den svenska distributören garanterat leverans av den offererade produkten redan vid anbudstidens utgång och att garantierna fortfarande gäller. VHS har anfört att intygen daterats efter det senaste tilldelningsbeslutet samt att garantierna gäller endast mot DAV och att produkten därför inte varit allmänt tillgänglig mot den öppna marknaden. Förvaltningsrätten finner att det får anses tillräckligt att leveransgarantierna gäller i förhållande till DAV eftersom det rör sig om ett avtalsförhållande mellan DAV, Vivitek och Wiktors. Intygen har av naturliga skäl daterats vid tidpunkten då de utfärdades. Sammanfattningsvis måste produkten anses ha funnits i DAV:s ordinarie sortiment, såsom detta definieras i förfrågningsunderlaget, vid tidpunkten för anbudstidens utgång.

DAV har således uppfyllt skall-kravet i förfrågningsunderlaget och har därför lidit skada genom att VHS har antagit andra anbudsgivares anbud. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed och upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a)



Magnus Schulzberg
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elisabeth Gartmo.



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.