



SÖKANDE

NSC Nordic Service Collaboration Sweden AB, 556706-3002
Store Udds väg A
423 61 Torslanda

MOTPART

Tullverket
Box 12854
112 98 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKE	
2018-11-20	
Avd	
Dnr	
MNr	13671-18

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller NSC Nordic Service Collaboration Sweden AB:s ansökan och beslutar att Tullverket får avsluta den aktuella upphandlingen först sedan rättelse har gjorts genom en ny utvärdering av inkomna anbud.

YRKANDEN M.M.

Tullverket genomför en upphandling av Röntgensystem 7555 Dual View (UPP 2018-7). Upphandlingen sker genom öppet förfarande i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tullverket beslutade den 7 juni 2018 att anta IP Security Scandinavia AB (IPS) som leverantör.

Nordic Service Collaboration Sweden AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna om att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Rättelsen föreslås ske på så sätt att Tullverket ska genomföra en ny kvalificering och utvärdering av inkomna anbud i upphandlingen, varvid Tullverket ska förkasta IPS:s anbud. IPS uppfyller inte samtligt ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Tullverket har misslett bolaget, tillsammans med andra potentiella leverantörer som valt att inte lämna anbud med anledning av den höga kravställningen, att lämna ett dyrare anbud än vad som behövts för att uppfylla ställda krav. Till följd av upphandlingens brist på transparens och likabehandling har bolaget därför frånhänts möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingen måste därför göras om. Tullverket har i strid med likabehandlingsprincipen antagit IPS:s anbud som inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Tullverkets agerande har fått till följd att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada. Anledningen till det är att bolaget, som hamnade tvåa i utvärderingen, rätteligen skulle ha tilldelats upphandlingen.

Tullverket medger att IPS anbud rätteligen inte borde ha antagits då något strålningsvärde faktiskt inte angetts i deras anbud men anser att ansökan om överprövning i övrigt ska avslås.

IPS anser att IPS uppfyllt kvalificeringskraven i upphandlingen och att IPS anbud även uppfyller övriga krav i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering och utgångspunkter för prövningen

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU samt övriga bestämmelser i den lagen. Frågan är om det utifrån vad bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

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. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att ett krav på att upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga, (se prop. 2009/10:180 s. 91).

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlag och referenser

Bolaget gör gällande att Tullverket väsentligt förändrat förfrågningsunderlaget och att IPS inte har uppfyllt ett kvalificeringskrav avseende angivna referensuppdrag.

En upphandlande myndighet får i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden, bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet, jfr 14 kap. 1 och 5 §§ LOU. En upphandlande myndighet får begära utredning av att en leverantör uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav, jfr 15 kap. 6 § och 11 § LOU, men det föreligger ingen skyldighet för myndigheten att göra det. En misstanke om, eller ett påpekande från annan anbudsgivare, att ett anbud inte uppfyller ett givet obligatoriskt krav kan dock medföra att det finns skäl för myndigheten att kontrollera uppgiften i fråga (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 4904-09 och 3688-14). Detta gäller till exempel om det i anbudet finns uppgifter som står i strid med anbudsgivarens jakande svar om att ett krav är uppfyllt (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 3162–3174-15).

Vidare ska normalt de obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande enheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37).

I kravspecifikationen 2.1.7.4 Referenser anges följande.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av leverans av röntgenutrustning enligt kravspecifikation med tillhörande service etc. Anbudsgivaren ska lämna två (2) referensuppdrag för två (2) olika kundorganisationer. Referenserna ska avse liknande uppdrag som upphandlingen avser, d.v.s. leverans och installation av röntgenutrustning, samt tillhörande service, och dessa ska ha genomförts under de senaste tre (3) åren (räknat från sista anbudsdag) Referenserna ska vara externa. Interna uppdrag hos anbudsgivaren eller underleverantör

samt uppdrag mellan underleverantör, anbudsgivare och ägare eller andra bolag inom samma koncern ska inte lämnas som referens.

Referensuppdragen ska innehålla de uppgifter som efterfrågas, inklusive kontaktperson för referensuppdraget. Angiven kontaktperson ska kunna intyga att ifyllda uppgifter och beskrivningar är riktiga och att de korrekt återger uppdraget som utförts. Referenskundens kontaktperson ska vara anställd hos referenskunden och vidtalad av anbudsgivaren.

Referenskundens kontaktperson kan komma att bli kontaktad av Tullverket för verifiering av i anbudet lämnade uppgifter. Redovisningen ska innehålla:

- Referenskundens namn och organisationsnummer
- Tidsperiod när uppdraget utförts
- Beskrivning av uppdragets omfattning och innehåll som visar att ovan ställda krav uppfylls
- Kontaktperson hos referenskunden, inklusive e-post adress och telefonnummer.

Av handlingarna i målet framgår att Tullverket har svarat på en inkommande fråga att anbudsgivare kan återropa referensuppdrag som nyckelpersonal eller personal i arbetsledande ställning har erhållit genom tidigare anställning hos annan arbetsgivare och att namn på personal ska anges.

Bolaget anför bl.a. följande. Tullverket har genom att svara på frågan i ”Frågor och svar” väsentligen förändrat förfrågningsunderlaget på ett otillåtet sätt. När det gäller IPS referensuppdrag är visat att den anställde som IPS hänvisar till avseende det inte ensam skulle kunna ha sådan erfarenhet av alla delar av uppdraget som krävs enligt kravspecifikationen. Det är inte sannolikt att den personen har erfarenhet av annat än vad som normalt ingår i arbetsuppgifter för servicetekniker. Mot bakgrund av vad bolaget anför samt av de uppgifter som finns i anbudet finns en skyldighet för Tullverket att utreda och kontrollera dessa delar av IPS anbud.

Tullverket anför bl.a. följande. Efter inkommen fråga har Tullverket förtydligat vad som efterfrågas avseende referenser. Alla anbudsgivare har kunnat ta del av svaret och det utgör inte en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Tullverket har inte funnit anledning att ifrågasätta

de uppgifter om referenser som IPS har lämnat. Något krav på kontroll av referenser finns inte i upphandlingen.

IPS anser att IPS uppfyller kravet på referensuppdrag.

Förvaltningsrätten anser inte att det utgjorde någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget när Tullverket svarade på en fråga avseende referenslämnande i "Frågor och svar". Tullverkets svar fanns tillgängligt för samtliga anbudsgivare och bolaget har inte visat hur det påverkat konkurrensen i upphandlingen. Det finns därför inte skäl att ingripa i upphandlingen av den anledningen. Förvaltningsrätten konstaterar att IPS har lämnat två referensuppdrag i sitt anbud. Tullverket har godkänt IPS referensuppdrag och förvaltningsrätten finner med anledning av vad bolaget har anfört inte skäl att ifrågasätta Tullverkets bedömning. Skäl för att ingripa i upphandlingen på denna grund finns således inte.

Angivande av strålningsvärde

Bolaget påstår att IPS inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i upphandlingen genom att underlåta att ange ett strålningsvärde samt att Tullverkets poängsättning av utvärderingskriterier har utförts felaktigt.

I kravspecifikationen 3.1.2. ombeds anbudsgivare att dels intyga att strålningen från bildskärmarna ska vara inom godkända EU normer och att bildskärmarna ska vara godkända att sälja inom EU. Svaret ska anges genom att kryssa i en ja- eller i en nej- ruta. Därefter finns en ruta för fritextsvar där anbudsgivaren ombeds att ange strålningsvärde.

I målet är ostridigt att IPS AB inte har angett strålningsvärde i enlighet med kravspecifikationen 3.1.2. IPS har dock angett ett svar i fritext utan att ange ett explicit strålningsvärde.

Bolaget anför bl.a. följande. Både LCD- och LED-skärmar avger elektrisk strålning i form av elektriska växelfält. Elektrisk strålning mäts på elektriska apparater, däribland bildskärmar, för att bedöma huruvida de uppfyller olika normer och standarder. Uppfyller en bildskärm en standard eller en norm som omfattar strålningsvärden har självklart strålningsvärden uppmätts. Det kan i sammanhanget påpekas att bolaget har erhållit uppmätta strålningsvärden avseende sina offererade bildskärmar.

Tullverket medger att utformningen av kravet att ange bildskärmarnas strålningsvärde kan tolkas på det sätt som bolaget beskriver. Tullverket instämmer således i att IPS anbud på denna grund rätteligen inte borde ha antagits då något strålningsvärde faktiskt inte angetts i deras anbud.

IPS invänder och anför bl.a. följande. När de offererade skärmarna inte avger något strålningsvärde, vilket bör vara känt för bolaget och andra anbudsgivare som kan ange anbud för det som upphandlades, förefaller det onödigt att ange ”noll” när ett sådant värde är synonymt med gällande EU norm. Även om kravet på att ange strålningsvärde har en adekvat koppling till, en del av, ändamålet med upphandlingen har IPS på det sätt bolaget besvarade kravet i p 3.1.2. i kravspecifikationen uppfyllt det kravet. Det saknas då på den grunden anledning att bifalla bolagets talan.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Mot bakgrund av vad Tullverket och bolaget samt IPS har anfört synes det aktuella kravet gällande strålningsvärde ha en tydlig och adekvat koppling till de upphandlade föremålen och det framstår inte som ett oproportionerligt krav att ställa i upphandlingen. Det kan inte ha förelegat hinder för IPS att ange strålningsvärde på det sätt Tullverket efterfrågat. De grundläggande principerna för offentlig upphandling kräver att anbudsgivare kan förlita sig på att de obligatoriska krav (ska-krav) som ställs i en upphandling

upprätthålls på det sätt den upphandlande myndigheten ursprungligen avsett. IPS har inte angett något strålningsvärde. Genom att utvärdera och anta IPS:s anbud har Tullverket därför handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget får till följd av detta anses ha lidit skada eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att Tullverket genomför en ny utvärdering av inkomna anbud. Vid denna utgång saknar det betydelse hur poängsättningen av utvärderingskriterier har utförts.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Jan Nyrén
Rådman

Hanna Axelsson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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.